

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le droit d'auteur dans le marché numérique

Michaux, Benoît; Lognoul, Michaël; Jacques, Florian

Published in:

Actualités en droit du numérique

Publication date:

2019

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Michaux, B, Lognoul, M & Jacques, F 2019, Le droit d'auteur dans le marché numérique. Dans *Actualités en droit du numérique*. Recyclage en droit, Numéro 2, Anthemis, Limal, p. 7-52.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Le droit d'auteur dans le marché numérique

Benoît MICHAUX

Chargé de cours à l'UNamur

Responsable d'unité de recherche au CRIDS-NaDI UNamur

Avocat au barreau de Bruxelles

Michael LOGNOUL

Assistant à l'UNamur

Chercheur et doctorant au CRIDS-NaDI UNamur

Florian JACQUES

Chercheur au CRIDS-NaDI UNamur

Introduction

1. Depuis l'avènement du *World Wide Web* dans les années 1990, la démocratisation et l'utilisation en masse des technologies de l'information et de la communication, de nombreux champs du droit se sont trouvés confrontés à des difficultés jusqu'alors inconnues. Les questions ont surgi de toutes parts, notamment concernant le respect de la vie privée des utilisateurs connectés¹, l'encadrement d'un commerce devenu virtuel² ou encore le règlement de la responsabilité pour des propos illicites échangés sur des plateformes numériques³.
2. Dans ce contexte, l'Union européenne a dû procéder à de multiples interventions législatives et jurisprudentielles pour adapter, renouveler, ou à tout le moins interpréter le cadre juridique destiné à organiser la société de l'information. De manière progressive, le législateur et les juges européens ont tenté de forger et faire appliquer un ensemble de règles susceptibles de répondre aux besoins d'un véritable marché unique numérique⁴.
3. Le droit d'auteur est loin d'avoir échappé à ces changements, et même, il constitue un des domaines les plus affectés par ceux-ci. L'impact de la digitalisation a, en effet, surpris tant par son intensité que par la diversité de ses effets.

¹ C.J., arrêt *Google Spain SL et Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González*, 13 mai 2014, C-131/12, EU:C:2014:317.

² C.J., arrêt *BAWAG PSK Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse AG c. Verein für Konsumenteninformation*, 25 janvier 2017, C-375/15, EU:C:2017:38.

³ Cour eur. D.H., arrêt *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, 27 juin 2017.

⁴ Pour ce qui concerne le besoin d'un tel marché, voy. la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social, et au Comité des régions, « Stratégie pour un marché unique numérique en Europe », COM(2015) 192 final, 6 mai 2015.

4. Les exemples de ces nouvelles normes à dimension numérique ne manquent pas. On peut ainsi mentionner d'emblée la configuration particulière des prérogatives des auteurs en cas de fourniture d'hyperliens renvoyant vers des contenus protégés, les recours spécifiques des auteurs à l'égard de fournisseurs de services dans un environnement digital, ou encore l'apparition de nouvelles dispositions légales communautaires dans le but de faire participer les auteurs aux revenus générés par les échanges de contenu protégé sur les plateformes numériques.

5. Au vu de ce contexte, l'objectif de la présente contribution est d'offrir un panorama des principales nouveautés et modifications qui adaptent le droit d'auteur lorsqu'il est confronté à l'univers numérique.

6. À cette fin, nous commencerons par préciser les changements survenus sur le plan du contenu des droits exclusifs (section 1). Nous décrirons ensuite les derniers développements intervenus en matière d'exceptions à ces mêmes droits exclusifs (section 2). Dans un troisième temps, nous commenterons les évolutions dans le domaine de la protection judiciaire du droit d'auteur (section 3), et finalement, nous aborderons quelques aspects essentiels de la toute récente directive relative au droit d'auteur dans le marché unique numérique, adoptée par le Parlement européen le 26 mars 2019 et par le Conseil le 15 avril 2019 (section 4).

Section 1

Contenu des droits exclusifs

7. Dans l'univers digital, la notion d'œuvre protégée est identique à celle qui prévaut dans l'environnement non numérique. Il s'agit d'une création intellectuelle propre à son auteur, en ce sens que celui-ci a pu y exprimer des choix libres et créatifs⁵. Pareillement, les deux grandes catégories de droits exclusifs appartenant à l'auteur sont les mêmes dans les deux environnements, à savoir le droit de reproduction et le droit de communication au public. Quant au droit de distribution⁶ qui, initialement, s'est développé comme un appendice du droit de reproduction, il intervient lui aussi dans les deux environnements sous les réserves importantes, précisées par la suite. Il faut en tout cas objectivement constater que ces trois catégories majeures bien connues dans le contexte analogique se retrouvent telles quelles, selon la même structure traditionnelle, dans les instruments supranationaux qui traitent du droit d'auteur dans l'environnement numérique, à savoir : au niveau international, le Traité OMPI sur le droit d'auteur ; et au niveau du

⁵ C.J., arrêt *Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH e.a.*, 1^{er} décembre 2011, C-145/10, EU:C:2011:798.

⁶ Aux termes de l'article 6 du traité OMPI du 20 décembre 1996 sur le droit d'auteur, il désigne le droit de mise à disposition du public de l'original ou d'exemplaires de l'œuvre, par la vente ou tout autre transfert de propriété.

droit de l'Union, la directive 2001/29⁷, en ses articles 2, 3, et 4. Cela étant, la circonstance que ces catégories majeures se prolongent telles quelles dans l'environnement numérique ne saurait masquer que leur passage au numérique entraîne certaines mutations substantielles sur le plan du contenu des droits. C'est ce qu'il s'impose d'étudier de plus près.

8. Au préalable, il convient cependant de relever que, malgré la transition numérique, le corpus législatif n'a pas modifié la teneur générale des trois catégories précitées, même si des précisions ou des ajouts ont été apportés. Le droit de reproduction, tout d'abord, s'énonce toujours comme le droit exclusif, pour l'auteur d'une œuvre, d'en « autoriser ou d'[en] interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie »⁸. Le droit de communication au public, quant à lui, a été complété pour inclure l'acte de mise à disposition interactive propre à l'internet. Il est désormais énoncé comme celui qui permet aux auteurs « d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs œuvres, par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement »⁹. En troisième lieu, le droit de distribution trouve enfin une confirmation expresse comme droit exclusif permettant aux auteurs « d'autoriser ou d'interdire toute forme de distribution au public, par la vente ou autrement, de l'original de leurs œuvres ou de copies de celles-ci »¹⁰.

9. L'interprétation de ces dispositions a fait l'objet d'une abondante jurisprudence de la part de la Cour de justice de l'Union européenne. Dans le cadre de la présente section, nous nous intéresserons plus spécifiquement aux développements jurisprudentiels qui ont trait au droit de communication au public face à l'offre d'hyperliens permettant d'accéder à des œuvres protégées (§ 1). Nous envisagerons ensuite la question de l'épuisement du droit de distribution sur le marché numérique (§ 2). Nous traiterons, enfin, de l'adaptation du droit de prêt à l'univers digital (§ 3).

§ 1. Hyperliens et œuvres protégées

10. Les hyperliens peuvent être décrits comme « les fils avec lesquels le web (la Toile) est tissée »¹¹. Ils permettent d'accéder à une énorme quantité d'informations disponibles en ligne, en indiquant aux utilisateurs – et, par extension,

⁷ Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, J.O., L167, 22 juin 2001, ci-après la « directive 2001/29 ».

⁸ Article 2, de la directive 2001/29.

⁹ Article 3, § 1^{er}, de la directive 2001/29.

¹⁰ Article 4, § 1^{er}, de la directive 2001/29.

¹¹ A. STROWEL et F. JONGEN, *Droit des médias et de la communication*, Bruxelles, Larcier, 1^{re} éd., 2017, p. 811. Les explications techniques qui suivent, en rapport avec les différents types d'hyperliens, proviennent également de cet ouvrage (pp. 812-813).

à leur navigateur web – l'adresse URL (*Uniform Ressource Locator*) à laquelle se trouve un contenu précis. Ils donnent ainsi la possibilité aux internautes de se diriger à partir d'un contenu initial vers d'autres contenus, que ces derniers soient situés sur la même page internet que le contenu initial, sur une autre page, voire sur un autre site web. Ils sont présents au sein de chaque page internet, sous des formes diverses. Sont ainsi recensés quatre types d'hyperliens : le lien de surface¹², le lien profond¹³, le cadrage¹⁴, ou encore la transclusion¹⁵.

11. De nombreux commentateurs soulignent l'importance déterminante des hyperliens pour le fonctionnement technique de l'internet, comparant régulièrement ceux-ci à des références du type « note de bas de page » dans le monde analogique¹⁶. Ils y ajoutent le rôle essentiel joué par les hyperliens pour la liberté d'expression, car ceux-ci permettent de faire circuler des idées, et dès lors d'exprimer ou de recevoir des opinions¹⁷. Ces dernières observations sont largement partagées par M. l'avocat général Wathélet, dans ses conclusions précédant l'arrêt *GS Media*, analysées ci-après (paragraphe 23 et suivants)¹⁸.

12. Cela étant, même s'il est indéniable que les hyperliens remplissent une fonction fondamentale dans l'univers numérique, il n'en reste pas moins que le fait de les fournir suscite certaines questions au regard du droit d'auteur. En effet, les hyperliens permettent aux internautes d'accéder à des contenus qui, le cas échéant, sont protégés. Dès lors, se pose la question de savoir si la fourniture d'hyperliens ne porte pas atteinte au droit exclusif de communication au public appartenant à l'auteur, du moins lorsque cette fourniture intervient dans certaines circonstances.

13. Saisie de questions préjudicielles dans le cadre de plusieurs affaires, la Cour de justice a balisé la matière et a isolé plusieurs critères permettant d'établir, selon la situation, dans quelles circonstances l'établissement de tels hyperliens contrevient (ou non) aux droits des auteurs.

14. En février 2014, la première affaire d'hyperliens traitée par la Cour de justice a donné lieu à l'arrêt *Svensson*¹⁹. Les faits au principal peuvent se

¹² Ce type d'hyperlien renvoie l'utilisateur à la page d'accueil d'un autre site internet.

¹³ Ce type d'hyperlien renvoie l'utilisateur à une page intérieure d'un autre site internet.

¹⁴ Ce type d'hyperlien permet d'afficher le contenu de la page internet à laquelle il renvoie à l'intérieur d'un cadre, situé sur le site initial. Dès lors, l'adresse URL reste celle du site initialement consulté.

¹⁵ Ce type d'hyperlien permet d'insérer au sein d'une page internet des éléments issus d'une autre page internet, donnant l'impression que ces derniers font partie du site internet initialement consulté.

¹⁶ À cet égard, voy. notamment A. STROWEL et F. JONGEN, *op. cit.* (note 11), pp. 813-814; L. BENTLY, E. DERCLAYE, G. DINWOODIE, T. DREIER, S. DUSOLLIER, Ch. GEIGER, J. GRIFFITHS, R. HILTY, P.B. HUGENHOLTZ, M.-Ch. JANSSENS, M. KRETSCHMER, A. METZGER, A. PEUKERT, M. RICOLFI, M. SENFTLEBEN, A. STROWEL et R. XALABARDER, « The Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson (February 15, 2013) », *University of Cambridge Faculty of Law*, 2013/6, disponible sur <https://ssrn.com/abstract=2220326>; ou encore M. LAMBRECHT, « GS Media – Le mieux est l'ennemi du lien », note sous C.J., 8 septembre 2016, C-160/15, R.D.T.I., 2016/63-64, pp. 109-127.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Av. gén. M. WATHELET, concl. préc. arrêt *GS Media BV c. Sanoma Media Netherlands BV e.a.*, C-160/15, EU:C:2016:221.

¹⁹ C.J., arrêt *Nils Svensson e.a. c. Retriever Sverige AB*, 13 février 2014, C-466/12, EU:C:2014:76.

résumer comme suit : les requérants, des journalistes suédois, ont accepté la publication de certains de leurs articles sur le site internet du journal qui les emploie, et ceci sans restriction d'accès – ce qui signifie en clair que les articles sont librement accessibles à tout internaute généralement quelconque. Le défendeur, quant à lui, exploite un portail numérique d'actualités médiatiques. Les internautes qui se rendent sur le portail y trouvent des listes d'hyperliens qui leur permettent d'accéder aux contenus de presse susceptibles de les intéresser, et notamment les articles des requérants.

15. Les questions posées à la Cour ont pour but de déterminer si la fourniture d'hyperliens, dans le contexte qui précède, constitue une communication au public d'œuvres protégées ; auquel cas l'autorisation de l'auteur est nécessaire pour réaliser cette fourniture. Dans son arrêt, la Cour de justice reprend les acquis de sa jurisprudence antérieure en matière de communication au public. Elle vérifie si la fourniture de liens réunit les deux éléments constitutifs qui caractérisent l'acte relevant du droit exclusif, à savoir, d'une part, un « acte de communication » d'une œuvre, et d'autre part, une communication « à un public ». La Cour observe que la notion de « communication » vise tout acte de transmission d'une œuvre protégée, alors que la notion de « public » fait référence à un nombre indéterminé et assez important de personnes qui, grâce à cette transmission, sont en mesure d'accéder à l'œuvre²⁰.

16. Pour ce qui concerne le premier de ces deux éléments, la Cour considère qu'il est présent. Elle observe en effet que « le fait de fournir, sur un site internet, des liens cliquables vers des œuvres protégées publiées sans aucune restriction d'accès sur un autre site, offre aux utilisateurs du premier site un accès direct auxdites œuvres »²¹. La Cour estime que, ce faisant, le fournisseur de liens réalise une opération de « mise à disposition » des œuvres vers lesquelles pointent les hyperliens fournis. Or, l'acte de mise à disposition fait lui-même partie de la notion d'« acte de communication ». En revanche, la Cour décide que dans le cas d'espèce, la fourniture de liens ne constitue pas une communication « à un public », soit le deuxième élément requis pour déclencher l'activation du droit exclusif. Pour parvenir à cette conclusion, elle précise que la communication est certes faite à un nombre indéterminé et assez important de destinataires – à savoir tous les internautes susceptibles de visiter le portail du défendeur – mais elle indique tout aussitôt que ces destinataires ne constituent pas un public « nouveau »²².

17. La notion de « public nouveau » est capitale pour pouvoir considérer que la communication incriminée s'adresse à un « public », et que, de ce fait, celle-ci relève du droit exclusif de l'auteur. En clair, pour que la communication incriminée s'adresse à un public « nouveau » (et donc à un « public »),

²⁰ *Ibid.*, points 16 et 21.

²¹ *Ibid.*, point 18.

²² *Ibid.*, points 21-26.

il est nécessaire qu'elle s'adresse à un public qui n'a pas été pris en compte par l'auteur lorsque celui-ci a autorisé la communication initiale.

18. Puisque la communication initiale (celle intervenue sur le site des requérants – éditeurs des journaux) n'était soumise à aucune mesure restrictive, la Cour de justice considère que tous les internautes – quels qu'ils soient – disposaient d'un accès libre (autorisé) aux œuvres concernées. Elle en conclut que les internautes utilisateurs des hyperliens offerts par le défendeur font partie du public autorisé à accéder aux œuvres, si bien qu'ils ne constituent un *nouveau public*²³. Il importe donc peu que les internautes accèdent aux œuvres via le site du défendeur plutôt que via le site des requérants, car dans un cas comme dans l'autre, ils sont autorisés à y accéder. Dès lors, le défendeur ne doit pas obtenir d'autorisation pour donner accès aux œuvres via les liens se trouvant sur son site, vu que, ce faisant, il ne s'adresse pas à un public «nouveau», à savoir un public qui n'aurait pas été pris en compte par l'auteur lors de la première communication (via le site des requérants).

19. La Cour de justice précise toutefois que sa conclusion serait différente dans l'hypothèse où les hyperliens permettraient de contourner des restrictions d'accès qui auraient été adoptées sur le site «lié», c'est-à-dire le site des requérants. Dans ce dernier cas, le critère du public nouveau serait alors rencontré, car les utilisateurs des hyperliens ne feraient assurément pas partie du public visé par la communication initiale autorisée par les auteurs²⁴.

20. En octobre 2014, la Cour de justice tranche pour la seconde fois en matière d'hyperliens, par le biais de l'ordonnance *BestWater*²⁵. Dans cette affaire, une entreprise allemande proposant des solutions de filtrage d'eau réalise une vidéo sur la pollution aquatique, qui est ultérieurement publiée sur la plateforme YouTube, où elle est accessible sans restriction d'accès. Des concurrents incluent alors des hyperliens renvoyant vers la page YouTube incluant la vidéo litigieuse sur leur propre site internet. La méthode utilisée pour créer les liens est celle de la transclusion, donnant l'impression aux internautes que la vidéo est intégrée aux sites web desdits concurrents.

21. La Cour est appelée à déterminer si l'utilisation de cette méthode spécifique d'établissement d'hyperliens constitue ou non une communication au public de l'œuvre protégée²⁶. Considérant que la réponse à cette question découle directement de sa jurisprudence *Svensson*, elle décide de répondre à la question préjudicielle par une ordonnance. Dans celle-ci, la Cour indique

²³ *Ibid.*, point 27.

²⁴ *Ibid.*, point 31.

²⁵ C.J., ordonnance *BestWater International GmbH c. Michael Mebes et Stefan Potsch*, 21 octobre 2014, C-348/13, EU:C:2014:2315.

²⁶ En revanche, la Cour n'est pas amenée à se prononcer sur la question de l'illicéité de la source de cette vidéo, vers laquelle les hyperliens renvoient. Cette question sera tranchée dans l'affaire *GS Media* (voy. *infra*, paragraphes 23 et suivants).

que la méthode d'établissement d'hyperliens par transclusion utilisée dans le cas d'espèce ne donne pas lieu à la qualification de communication au public. En effet, le critère de «public nouveau» n'est pas plus rencontré que dans l'affaire *Svensson*²⁷.

22. Toutefois, elle sous-entend à nouveau – comme dans l'affaire *Svensson* – que dans l'hypothèse du contournement de restrictions d'accès à l'œuvre par l'établissement d'hyperliens, sa réponse serait différente²⁸.

23. En septembre 2016, la Cour de justice rend un troisième arrêt, *GS Media*²⁹, à propos de la fourniture d'hyperliens. Les faits sont les suivants : l'éditeur du magazine Playboy, Sanoma Media Netherlands, est titulaire d'un droit d'auteur sur des photos de charme qui n'ont pas encore été publiées. Ces dernières sont illégalement mises en ligne sans restriction d'accès par une personne anonyme, sur des serveurs situés en Australie. Un blog de nouvelles à sensation néerlandais, propriété de GS Media, inclut alors sur ses pages web des hyperliens renvoyant au contenu contrevenant et incite les internautes à les consulter.

24. Malgré une mise en demeure de la part de Sanoma Media, GS Media maintient lesdits hyperliens sur son site. De plus, lorsque le contenu contrevenant est supprimé du site web australien vers lequel les hyperliens litigieux renvoient, GS Media établit sur ses pages web de nouveaux hyperliens vers une réplique du contenu, hébergée par un autre site internet. Par la suite, un article supplémentaire, contenant à nouveau des hyperliens pointant vers le contenu illicite, est publié par GS Media.

25. Dans cette affaire, les questions déferées à la Cour de justice ont pour but de déterminer si la fourniture des hyperliens peut être qualifiée de communication au public, dans une situation où les hyperliens donnent accès à des œuvres qui, d'une part, ont été mises à la disposition de tous les internautes sans restriction d'accès, mais qui, d'autre part, ont été mises en ligne sans l'autorisation du titulaire du droit.

26. Dans son raisonnement, la Cour de justice rappelle sa jurisprudence antérieure, c'est-à-dire l'arrêt *Svensson* et l'ordonnance *BestWater*. Elle s'attache également à préciser que la notion de communication au public doit faire l'objet d'une appréciation individualisée, en tenant notamment compte des critères suivants : le rôle incontournable joué par la personne qui établit les hyperliens, le caractère délibéré de cette intervention, et le but de lucre poursuivi ce faisant³⁰.

²⁷ C.J., ordonnance *BestWater*, points 15-17.

²⁸ *Ibid.*, point 18.

²⁹ C.J., arrêt *GS Media BV c. Sanoma Media Netherlands BV e.a.*, 8 septembre 2016, C-160/15, EU:C:2016:644.

³⁰ *Ibid.*, points 33-35 et 37.

27. La Cour de justice établit ensuite une distinction entre les situations visées par sa jurisprudence antérieure relative aux hyperliens et la situation en cause au principal. À cet égard, elle relève que ses décisions précédentes étaient relatives à des hyperliens qui pointaient vers des œuvres librement accessibles, mises en ligne avec le consentement des titulaires de droits d'auteur. Dans ce type de contexte, il est essentiel d'observer que l'auteur a pris en compte l'intégralité du public des internautes lors de l'autorisation de la communication initiale. C'est précisément ce motif qui empêche de qualifier de public «nouveau» des internautes qui, par la suite, accéderaient aux œuvres via des hyperliens³¹.

28. Dans le cas présent, toutefois, la communication initiale des œuvres protégées n'a pas fait l'objet d'un consentement de la part du titulaire des droits. Dès lors, l'établissement de liens hypertextes donnant accès à ces œuvres ne peut avoir pour conséquence que le public qui en bénéficie ait été visé par le titulaire des droits lors de la communication initiale. Or, si un public nouveau existe, la qualification de communication au public doit être retenue³².

29. La Cour de justice ne s'arrête cependant pas là. En effet, elle est consciente de l'impact qu'une telle jurisprudence pourrait avoir sur la liberté d'expression et sur le fonctionnement d'internet, si tout hyperlien pointant vers un contenu protégé dont la communication n'a pas été autorisée par les titulaires de droits constituait *ipso facto* une communication au public de ce contenu. Elle reconnaît également qu'il serait particulièrement difficile pour les internautes (notamment les particuliers) de vérifier, à chaque fois qu'ils veulent établir un hyperlien, si ce dernier donne accès à un objet protégé et, le cas échéant, si cet objet a été licitement mis en ligne par le titulaire des droits y relatifs ou avec son autorisation. Enfin, la Cour de justice indique qu'un site internet cible peut être modifié après qu'un hyperlien ait été établi, et donc qu'un objet protégé peut être inclus sur un site internet sans que l'internaute ayant établi un hyperlien ne le sache³³.

30. Elle limite donc l'application du droit exclusif au moyen de plusieurs critères qui devront être appréciés au cas par cas par les juridictions nationales. Ceux-ci portent sur la connaissance, avérée ou supposée, dans le chef du fournisseur de liens, de l'illicéité du contenu vers lequel pointe l'hyperlien. Ainsi, (i) si le titulaire de droits d'auteur avertit la personne établissant un hyperlien que le contenu est illicite, ou (ii) si l'hyperlien contourne des mesures de restriction d'accès, ou (iii) si l'hyperlien est placé avec un but de lucre, la qualification de communication au public sera retenue pour les faits en cause³⁴.

³¹ *Ibid.*, points 40-42.

³² *Ibid.*, point 43.

³³ *Ibid.*, points 45-46.

³⁴ *Ibid.*, points 49-51.

31. Le troisième de ces critères, c'est-à-dire le but de lucre, est le seul à faire l'objet d'une présomption réfragable de connaissance de l'illicéité de la communication. La Cour de justice estime, en effet, qu'un opérateur poursuivant un tel but se doit de faire preuve d'une plus grande prudence lorsqu'il établit des hyperliens renvoyant vers un contenu protégé. Néanmoins, elle permet que cette présomption soit renversée, la charge de la preuve contraire reposant sur l'opérateur qui établit l'hyperlien³⁵. En clair, c'est à ce dernier qu'il revient de démontrer que malgré le but de lucre, il a agi dans l'ignorance.

32. L'analyse de la jurisprudence européenne qui précède permet quelques observations. Bien que, dans un premier temps, la Cour de justice ait refusé de qualifier l'établissement d'hyperliens pointant vers des contenus protégés de communication au public, les différentes affaires qui lui ont été soumises ont permis d'affiner les conditions dans lesquelles une telle pratique rentre bel et bien dans le champ du droit exclusif des auteurs³⁶.

33. Confrontée à des enjeux majeurs pour la société de l'information, la Cour cherche à trouver un certain équilibre entre la liberté d'expression, le bon fonctionnement de l'internet, et la sauvegarde des intérêts légitimes des titulaires de droits d'auteur.

34. En procédant de la sorte, la Cour de justice a prudemment fait entrer une pratique qui n'était initialement pas clairement visée par le droit exclusif de communication au public dans la sphère des droits patrimoniaux des auteurs – pour autant que certaines conditions essentielles soient rencontrées. Il pourrait être considéré que, de ce fait, la Cour a contribué à élargir le périmètre des actes soumis à l'autorisation des ayants droit afin de permettre à ceux-ci d'exercer un plus grand contrôle de l'exploitation de leurs œuvres dans l'univers numérique³⁷. Mais à l'inverse, on pourrait tout aussi bien interpréter l'intervention de la Cour comme une contribution à une certaine relativisation du droit de communication au public. Plusieurs exigences – d'une application parfois fort délicate – ont été utilisées pour relativiser l'emprise du droit de communication au public, dont la notion de public «nouveau», et le degré de connaissance dans le chef de celui qui est accusé de communiquer au public. En somme, la Cour redessine les contours du droit d'auteur d'une manière spécifique au contexte numérique, et dans le souci de respecter un équilibre des intérêts entre les auteurs et les utilisateurs de leurs œuvres.

³⁵ *Ibid.*, point 51.

³⁶ A. STROWEL, «L'arrêt GS Media sur les hyperliens : trop embrasser, mal étreindre», *ICIP-Ing. Cons.*, 2016/4, pp. 876-877.

³⁷ M. LAMBRECHT, *Licences ouvertes et exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique*, Bruxelles, Larcier, 1^{re} éd., 2018, p. 67. Voy. également les arrêts C.J., *Stichting Brein c. Jack Frederik Wullems*, 26 avril 2017, C-527/15, EU:C:2017:300, et *Stichting Brein c. Ziggo BV et XS4ALL Internet BV*, 14 juin 2017, C-610/15, EU:C:2017:456, et l'analyse de J.C. GINSBURG, «La Cour de justice de l'Union européenne crée un droit européen de la responsabilité dérivée en matière de contrefaçon du droit d'auteur», obs. sous C.J., 26 avril 2017, C-527/15 et C.J., 14 juin 2017, C-610/15, *A&M*, 2017/1, pp. 7-17.

§ 2. Épuisement du droit de distribution dans le marché numérique

35. La règle de l'épuisement du droit de distribution³⁸, spécialement dans le contexte particulier du marché numérique, a suscité des réactions nombreuses et engagées. Certains observateurs, suite au retentissant arrêt *UsedSoft*³⁹ rendu par la Cour de justice en 2012, ont espéré une extension de la solution adoptée par la haute juridiction européenne à d'autres cas de figure⁴⁰.

36. Cette affaire concernait la revente par *UsedSoft* de licences d'utilisation de programmes d'ordinateur sur le marché d'occasion; en l'espèce, les licences avaient initialement été conclues par Oracle en sa qualité de titulaire des droits, et les programmes en cause étaient téléchargeables depuis internet. La Cour y a considéré qu'un contrat de licence d'utilisation à titre onéreux et à durée indéterminée, conclu entre Oracle et ses clients, couplé à la mise à disposition en ligne gratuite pour ces derniers du programme développé par la société Oracle, devait être qualifié de « première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur »⁴¹, au sens de l'article 4.2 de la directive 2009/24⁴². Or, cet article prévoit l'épuisement du droit de distribution du titulaire dans le cas d'une telle vente. À cette occasion, la Cour a indiqué que les copies intangibles d'un programme d'ordinateur sont soumises au même régime juridique que les copies vendues sur un support physique, comme un CD-ROM. Cette approche se base d'une part sur le fait que le texte de la réglementation européenne n'établit pas de distinction entre ces deux types de copies, et d'autre part sur le fait qu'il convient de prendre en compte la théorie des équivalents fonctionnels⁴³.

37. Par conséquent, les règles relatives à l'épuisement communautaire en matière de droit exclusif de distribution de programmes d'ordinateur peuvent être appliquées à des copies immatérielles des objets protégés par la directive 2009/24. Encore faut-il, s'agissant de licences d'utilisation et non de vente, se trouver dans une situation particulière : dans l'affaire *UsedSoft*, la Cour retient que le prix payé pour la licence correspond à la valeur économique du programme, et que la licence est accordée sans limitation dans le temps, de

³⁸ La règle de l'épuisement, en l'occurrence communautaire, implique que le titulaire de droits d'auteur ne peut plus contrôler la revente (de l'original ou) de copies de son œuvre dans l'Union européenne, après que celles-ci aient été mises de façon licite (c'est-à-dire, par lui ou avec son consentement) dans le commerce au sein d'un État membre de l'Union européenne. Le but de cette règle est d'éviter que les titulaires de droits d'auteur puissent fragmenter le marché intérieur de l'Union en se basant sur la territorialité de ces droits, tout en leur assurant une rémunération adéquate lors de la première mise en circulation de biens faisant l'objet d'une protection au titre des droits d'auteur.

³⁹ C.J., arrêt *UsedSoft GmbH c. Oracle International Corp.*, 3 juillet 2012, C-128/11, EU:C:2012:407.

⁴⁰ En ce sens, voy. notamment l'analyse de J. CABAY, « L'épuisement en ligne du droit d'auteur – Pérégrinations le long des frontières américaines et européennes du droit de distribution », *A&M*, 2013/5, pp. 303-319.

⁴¹ C.J., arrêt *UsedSoft*, points 45-46.

⁴² Directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, J.O., L.111, 5 mai 2009.

⁴³ C.J., arrêt *UsedSoft*, points 47, 57 et 61.

sorte que la « licence » équivaut en réalité à une vente. Par ailleurs, la Cour de justice a assorti l'épuisement portant sur des programmes d'ordinateur immatériels de conditions destinées à assurer une équivalence avec l'épuisement matériel, faisant ainsi en sorte que le premier ne soit pas plus avantageux que le second pour les utilisateurs légitimes de programmes d'ordinateur.

38. Ces conditions sont les suivantes. D'une part, il est interdit aux utilisateurs légitimes de programmes d'ordinateur souhaitant revendre des licences sur le marché d'occasion de scinder les licences concédées. À cet égard, dans le cas d'espèce, Oracle concédait des licences groupées, autorisant l'utilisation du programme à 25 utilisateurs. Il se déduit de l'arrêt que la revente ne peut porter sur un nombre inférieur à 25. D'autre part, et cette seconde condition découle de la première, l'utilisateur qui revend ses licences doit veiller à rendre ses propres copies du logiciel inutilisables, car à défaut, il continuera à utiliser sa copie et il portera atteinte au droit de reproduction du titulaire⁴⁴.

39. À ce stade, la solution *UsedSoft*, qui conclut à l'épuisement du droit de distribution portant sur des copies immatérielles de logiciels, ne peut toutefois pas (encore) être étendue sans réserve en dehors du cadre de la réglementation relative aux programmes d'ordinateur. Des réserves sont dues, notamment, au fait que la directive 2009/24 constitue une *lex specialis*, dérogeant au régime général du droit d'auteur, ce que la Cour a souligné⁴⁵. Pour autant, ce dernier argument ne suffit sans doute pas à écarter l'extension de l'épuisement numérique à la sphère du droit d'auteur. On se souviendra en effet que par le passé, la Cour de justice a tenu à effacer des divergences d'interprétation portant sur une même notion utilisée dans des réglementations différentes, au nom de la cohérence du droit de l'Union. Tel a été le cas dans l'affaire *Reha Training* où la Cour a finalement interprété de la même manière la notion de communication au public, là où précédemment, elle l'interprétait d'une manière qui pouvait apparaître comme différente, d'une part en droit d'auteur, et d'autre part en droits voisins⁴⁶.

40. On observera d'ailleurs que, en matière de droit d'auteur « classique », l'article 4.2 de la directive 2001/29 est formulé d'une façon assez similaire à celle de l'article 4.2 de la directive 2009/24 s'agissant de l'épuisement du droit exclusif de distribution. En effet, cette disposition précise : « Le droit de distribution dans la Communauté relatif à l'original ou à des copies d'une œuvre n'est épuisé qu'en cas de première vente ou premier autre transfert de propriété dans la Communauté de cet objet par le titulaire du droit ou avec son consentement ».

⁴⁴ *Ibid.*, points 69-71.

⁴⁵ *Ibid.*, point 51.

⁴⁶ C.J., arrêt *Reha Training*, 31 mai 2016, C-117/15, EU:C:2016:379.

41. Néanmoins, l'application de cet article à l'environnement numérique semble également freinée par certaines positions plutôt matérialistes que la Cour a adoptées en droit d'auteur. On vise par là plus spécifiquement les interprétations que la Cour a données aux notions « d'objet » et de « copies d'œuvres » dans le contexte du droit exclusif de location⁴⁷. Plus précisément, dans son arrêt *Vereniging Openbare Bibliotheken*⁴⁸, la Cour indique que ces notions ne peuvent s'appliquer qu'à des exemplaires physiques de biens incorporant des œuvres protégées.

42. Il est vrai néanmoins que dans le domaine particulier du droit de location, la Cour se sentait contrainte d'opter pour une conception matérialiste des objets et des copies d'œuvres. En effet, cette conception semblait nécessaire pour assurer une conformité à l'interprétation donnée aux dispositions du traité OMPI en matière de location, ce qui s'imposait en vertu du principe de primauté du droit international⁴⁹. Mais il n'en reste pas moins que cette approche matérialiste est propre au droit de location, de sorte qu'il y a une réticence à l'ériger en approche générale dans le domaine du droit d'auteur. Au demeurant, comme on le commentera encore, l'arrêt *Vereniging Openbare Bibliotheken* adopte une approche non matérialiste en matière de droit de prêt (voy. *infra*, paragraphe 63).

43. La question de l'épuisement se pose tout à fait différemment par rapport au droit exclusif de communication au public. Pour ce qui concerne ce dernier, la directive 2001/29 prévoit explicitement en son article 3.3 que l'exercice de ce droit n'est pas susceptible d'épuisement. La Cour a, par ailleurs, dernièrement conforté ce principe au travers de l'arrêt *Renckhoff*⁵⁰.

44. Dans cette affaire, une étudiante allemande reproduit une photographie protégée par le droit d'auteur aux fins d'illustrer un travail scolaire. La photographie originale était accessible sans restriction d'accès ni de téléchargement sur un site internet dédié à la réservation et à l'organisation de voyages. Elle y avait été publiée licitement, avec le consentement de son auteur.

45. Le travail (avec la photographie) est ensuite publié sur le site internet de l'école à laquelle est inscrite l'étudiante. Ce dernier site web est également accessible sans restriction d'accès. Dès lors, la photographie litigieuse y est

accessible à l'ensemble des internautes, sans que le titulaire des droits d'auteur n'y ait préalablement consenti.

46. La question préjudicielle posée à la Cour consiste à déterminer si la mise en ligne de la photographie litigieuse sur le site internet de l'école constitue une (nouvelle) communication au public qui, au regard des circonstances de l'espèce, relève (ou non) du droit d'autoriser de l'auteur de la photographie originale. Comme nous le verrons ci-après (paragraphe 53 et suivants), cette question finit par empiéter sur le sujet de l'épuisement ou plutôt du non-épuisement du droit de communication au public.

47. Conformément à ses habitudes, la Cour commence par rappeler l'objectif de la directive 2001/29 qui est d'instaurer un niveau élevé de protection en faveur des auteurs, et de permettre une rémunération appropriée de ces derniers pour l'utilisation de leurs œuvres. La Cour continue ensuite avec l'analyse des deux éléments constitutifs de l'acte de communication au public, à savoir la « communication » d'une part, et le « public » d'autre part⁵¹.

48. Sans surprise, la Cour détermine qu'il y a effectivement eu un acte de communication dans le cas d'espèce. En effet, la mise en ligne de la copie de la photographie sur le second site internet (celui de l'école) donne la possibilité aux visiteurs de ce dernier d'avoir accès à l'œuvre protégée. Dès lors, cette mise à disposition doit être qualifiée d'acte de communication⁵².

49. En ce qui concerne le second élément constitutif, la Cour constate que la communication en cause se fait effectivement à un public, car elle s'adresse à un « nombre indéterminé et assez important de destinataires ». De fait, l'ensemble des utilisateurs potentiels du site internet de l'école peut accéder à la photographie protégée⁵³.

50. Avant de conclure à un acte de communication au public, il revenait toutefois encore à la Cour de justice d'évaluer la présence d'un public « nouveau » dans les circonstances de l'espèce. La Cour était en effet contrainte de procéder à cet examen car le mode technique de la nouvelle communication prétendue était le même que lors de la communication initiale.

51. Sur cette question, la Cour écarte l'argument, tiré de ses décisions *Svensson* et *BestWater*, selon lequel il n'y aurait pas de public nouveau au motif que la communication initiale visait déjà l'ensemble des internautes. À cet égard, elle observe que cet argument mettrait à mal la nature même du droit de communication au public, laquelle est préventive. Elle relève en effet que ce droit préventif serait privé d'effet utile s'il fallait accueillir l'argument⁵⁴.

⁴⁷ Article 1.1 de la directive 2006/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, J.O., L376, 27 décembre 2006.

⁴⁸ C.J., arrêt *Vereniging Openbare Bibliotheken c. Stichting Leenrecht*, 10 novembre 2016, C-174/15, EU:C:2016:856. Cet arrêt sera analysé *infra*, en lien avec l'adaptation du droit de prêt à l'univers numérique (voy. les paragraphes 63 et suivants). En ce qui concerne cette interprétation, voy. notamment B. Docquir, *Droit du numérique*, Bruxelles, Larcier, 1^{re} éd., 2018, pp. 262-263.

⁴⁹ B. Docquir, *ibid.*

⁵⁰ C.J., arrêt *Land Nordrhein-Westfalen c. Dirk Renckhoff*, 7 août 2018, C-161/17, EU:C:2018:634.

⁵¹ *Ibid.*, points 18-19.

⁵² *Ibid.*, points 20-21.

⁵³ *Ibid.*, point 23.

⁵⁴ *Ibid.*, points 29-30.

52. Plus précisément, la Cour raisonne de la manière suivante. S'il fallait refuser de voir une (nouvelle) communication au public dans la mise en ligne sur le second site web (celui de l'école), cela signifierait que l'auteur ne pourrait plus, de manière préventive, empêcher l'accès à son œuvre sur ce second site, alors même qu'il déciderait d'y mettre fin sur le premier site. En d'autres termes, il deviendrait particulièrement ardu pour l'auteur d'exercer utilement son droit de communication au public.

53. La Cour appuie ensuite son raisonnement sur l'article 3.3 de la directive 2001/29, indiquant que le droit de communication au public n'est pas soumis à l'épuisement. Concrètement, cela signifie que si l'auteur a consenti préalablement à la mise en ligne de son œuvre sur un premier site (le site de voyages), il n'épuise pas pour autant son droit d'interdire la mise en ligne sur un deuxième site (le site de l'école). S'il fallait, dans le cas d'espèce, refuser à l'auteur le droit d'interdire la communication sur le second site, cela reviendrait à instaurer un épuisement du droit exclusif de l'auteur d'autoriser (ou refuser) la communication au public de son œuvre⁵⁵.

54. Plus encore, la thèse de l'épuisement reviendrait à priver l'auteur de sa capacité à exploiter commercialement son œuvre, et donc l'empêcherait d'en obtenir une rémunération appropriée.

55. En tenant compte des éléments qui précèdent, la Cour décide qu'il y a un « nouveau public » en l'espèce, condition indispensable pour considérer que le droit de communication s'applique. Par rapport à cette dernière condition, la Cour observe que le public pris en compte par l'auteur lorsqu'il a autorisé la communication initiale se limite aux seuls utilisateurs du premier site internet (le site de voyages); ce public n'inclut pas les utilisateurs du second site web (celui de l'école), où l'œuvre litigieuse a été mise en ligne sans l'autorisation de l'auteur⁵⁶. De la sorte, la Cour de justice évite encore une fois de consacrer une solution qui équivaldrait à instaurer l'épuisement du droit de communication au public, ce qui irait à l'encontre de la volonté du législateur européen.

56. Pour le surplus, la juridiction européenne explique les raisons d'une approche différente de la notion de communication au public, d'une part, dans le cas de la fourniture d'hyperliens et d'autre part, dans le cas d'une mise en ligne de l'œuvre telle quelle. Ainsi, la solution *Svensson* se justifiait notamment par le rôle spécifique que jouent les hyperliens dans l'architecture de l'internet, et en matière de liberté d'expression. Or, dans l'affaire *Renckhoff*, il n'était précisément pas question d'hyperliens, de sorte qu'il n'était pas opportun de recourir au même traitement juridique⁵⁷.

⁵⁵ *Ibid.*, points 32-33.

⁵⁶ *Ibid.*, point 35.

⁵⁷ *Ibid.*, points 39-40.

57. Au regard de ce qui précède, il est permis de formuler quelques constats extrêmement synthétiques sur l'état du droit de l'Union concernant l'épuisement des droits de l'auteur dans le marché numérique.

58. Par rapport au droit de distribution, tout d'abord, la position de la Cour est nuancée vis-à-vis de l'épuisement en ligne. La Cour accepte le principe de l'épuisement en ligne dans le domaine des logiciels, mais elle l'assortit d'un certain nombre de conditions. Par ailleurs, la Cour semble avoir voulu insister sur le fait que cette solution s'inscrit dans le cadre particulier du droit d'auteur propre aux programmes d'ordinateur. Pour autant, il ne faudrait pas en conclure que, à l'heure où sont écrites ces lignes, la Cour aurait définitivement exclu l'extension de sa solution à la sphère du droit d'auteur ordinaire, c'est-à-dire le droit d'auteur applicable à d'autres œuvres que les logiciels. Il se pourrait cependant que la Cour adopte une position claire à ce sujet dans un avenir proche⁵⁸.

59. Par rapport au droit de communication au public, ensuite, la réponse (négative) à la question de l'épuisement en ligne paraît très ferme dans la directive. La Cour conforte encore cette réponse dans l'affaire *Renckhoff*.

60. Cela étant, il s'imposait de réserver un traitement particulier à la fourniture d'hyperliens, tout en restant ferme sur le principe du non-épuisement en ligne du droit de communication au public. C'est au regard de cette équation fort délicate qu'il faut apprécier l'intervention toute en nuances de la Cour de justice. Dans les affaires *Svensson* et *BestWater* relatives aux hyperliens, la Cour rejette la présence d'un « nouveau » public. Ce n'est pas à dire que de ce fait, elle adhérerait à l'idée d'un mécanisme général et automatique d'épuisement de la communication au public – lequel irait à l'encontre de la directive. Simplement, elle relève que dans ces hypothèses particulières, il convient de tirer toutes les conséquences de l'autorisation préalable qui a été accordée par l'auteur.

61. Intervenu après les décisions particulières dans les affaires *Svensson* et *BestWater*, l'arrêt *Renckhoff* est d'autant plus appréciable, car il donne précisément l'opportunité à la Cour de remettre en vedette le principe central du non-épuisement du droit de communication au public. Afin d'octroyer aux auteurs une pleine maîtrise de l'exploitation de leurs œuvres, la Cour de justice montre ici une réelle volonté de protéger la nature préventive du droit d'auteur, en ce sens que les auteurs doivent pouvoir consentir à la communication de leurs œuvres avant qu'un acte de communication au public soit posé. Par ailleurs, les auteurs doivent également bénéficier du droit de retirer leur autorisation à l'exploitation de leurs œuvres à tout moment. Ces deux prérogatives – consentement préalable et possibilité du

⁵⁸ Une question préjudicielle lui a été posée à ce sujet : *Nederlands uitgeverij c. Tom Kabinet Internet*, C-263/18.

retrait du consentement à tout moment – correspondent très exactement aux raisons essentielles qui empêchent l'épuisement du droit de communication au public.

62. En définitive, les décisions commentées ci-avant confirment la capacité particulière de l'environnement numérique à imposer aux auteurs une sérieuse mise à l'épreuve de leurs droits. Il en résulte tout à la fois un remodelage des prérogatives de l'auteur visant un équilibre avec les droits des utilisateurs, et en même temps une consolidation du noyau dur des droits de l'auteur.

§ 3. Droit de prêt et univers numérique

63. Dans l'arrêt *Vereniging Openbare Bibliotheken* évoqué précédemment en lien avec l'épuisement des droits d'auteur dans l'univers numérique, les considérations de la Cour de justice au sujet du droit de location ne forment qu'une partie du raisonnement tenu – mais elles serviront de levier pour dégager la solution.

64. Dans cette affaire, l'objet principal de la demande adressée à la juridiction européenne consiste à déterminer si le droit de prêt, reconnu aux ayants droit par l'article 1.1 de la directive 2006/115, trouve à s'appliquer à des copies immatérielles d'œuvres. Dans l'affirmative, une seconde question se pose : l'exception au droit exclusif de prêt, en vue de permettre le prêt public, s'applique-t-elle également à ces copies immatérielles ?

65. À ce stade-ci, nous nous limitons à la première de ces questions. La deuxième question sera évoquée par la suite, dans le cadre des exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique (voy. *infra*, paragraphes 84 et suivants).

66. Les circonstances de fait menant à l'arrêt *Vereniging Openbare Bibliotheken* (VOB) peuvent être résumées comme suit : la VOB est une organisation néerlandaise ayant pour mission de représenter les intérêts des bibliothèques publiques de cet État membre. Ces bibliothèques procèdent déjà au prêt public de livres numériques, mais uniquement sur base d'accords de licence volontaire conclus avec les ayants droit.

67. Au moment où la VOB initie le procès qui donnera lieu au renvoi préjudiciel, le parlement néerlandais a entamé des travaux destinés à prévoir explicitement dans la réglementation nationale que l'exception de prêt public pourra être mise en application sous la forme d'une mise à disposition numérique de copies intangibles des œuvres. Sans attendre l'issue de ces travaux, la VOB intente une action déclaratoire de droits devant le juge néerlandais pour faire constater que la réglementation en vigueur permet déjà une telle application de l'exception de prêt public.

68. Saisie à titre préjudiciel, la Cour de justice doit décider si la notion de droit de prêt, au sens de la directive 2006/115, doit être interprétée comme incluant la mise à disposition de copies immatérielles d'œuvres.

69. Sur ce point, la Cour indique premièrement que le libellé de l'article 1.1 de la directive en cause ne semble pas créer de distinction entre les copies matérielles et immatérielles d'une œuvre. La Cour cherche, ensuite, à établir s'il existe des motifs justifiant l'exclusion des copies intangibles d'œuvres protégées du champ d'application de ce droit⁵⁹.

70. À cet égard, elle relève que la directive 2006/115 a été adoptée afin d'harmoniser les législations des États membres pour les matières dont elle traite, et ce dans le respect des conventions internationales auxquelles l'Union et les États membres sont parties⁶⁰.

71. S'agissant des conventions internationales, la Cour porte son attention sur le traité OMPI relatif au droit d'auteur, lequel utilise les notions d'« objet » et de « copie », en lien avec le droit exclusif de location reconnu aux auteurs. Dans le cadre de ce traité, lesdites notions doivent s'interpréter comme visant uniquement des objets tangibles. Les copies immatérielles d'œuvres protégées sont donc exclues du champ d'application dudit droit exclusif⁶¹.

72. Poursuivant son examen, la Cour observe que le droit de prêt ne figure pas dans le Traité OMPI, de sorte que contrairement au droit de location, il n'y est pas confiné à la sphère des objets tangibles. Elle considère donc, à cet égard, que dans le domaine du prêt, le législateur européen a légitimement pu conférer une autre portée (plus large qu'une portée tangible) aux notions d'« objet » et de « copie ». Pour la Cour, le droit de prêt et le droit de location constituent deux droits différents, faisant l'objet de définitions distinctes, et donnant lieu, le cas échéant, à des formes d'exploitation divergentes⁶².

73. La Cour de justice justifie également son interprétation par la considération suivante : exclure les copies intangibles d'œuvres protégées du champ d'application du droit de prêt irait à l'encontre du principe général de droit communautaire visant à instaurer un niveau élevé de protection des auteurs. En effet, ces derniers seraient privés de prérogatives à l'égard de cette forme particulière d'exploitation⁶³.

74. En recourant à une interprétation asymétrique des termes « objet » et « copie », selon qu'il s'agit du droit de location ou du droit de prêt, la Cour est à la fois en mesure de justifier le respect des conventions internationales

⁵⁹ C.J., arrêt *Vereniging Openbare Bibliotheken*, points 29-30.

⁶⁰ *Ibid.*, point 31.

⁶¹ *Ibid.*, points 32-34.

⁶² *Ibid.*, points 36-39.

⁶³ *Ibid.*, points 46-47.

auxquelles l'Union européenne et ses États membres sont parties, et de concevoir un droit de prêt suffisamment large pour inclure l'exploitation digitale.

75. L'analyse qui précède est de nature à susciter certaines observations.

76. Une fois de plus, la Cour démontre son inclination à adapter le droit d'auteur communautaire aux réalités du marché numérique⁶⁴. Certes, la cohérence voudrait que la Cour adopte la même approche à l'égard des différents droits de l'auteur. Mais dès lors que le Traité OMPI l'empêche d'adopter une approche favorable au digital dans le cas du droit de location, plutôt que d'y renoncer dans le cas du droit de prêt, elle choisit au contraire de la suivre, au nom de la protection élevée due aux auteurs, quitte à créer des divergences et à sacrifier la cohérence du système.

77. Dans ce cas-ci également, on remarque que la Cour joue un rôle essentiel et dynamique pour faire évoluer les contours des droits exclusifs dans le but d'assurer leur mutation numérique⁶⁵. Le résultat est d'autant plus appréciable qu'il est atteint sans devoir faire appel à une intervention du législateur.

Section 2

Adaptation des exceptions au marché numérique

78. Les exceptions aux droits exclusifs des auteurs sont d'une importance capitale pour permettre de trouver un juste équilibre entre, d'une part, les intérêts légitimes des auteurs, et d'autre part, les intérêts des utilisateurs et de la collectivité dans son ensemble. Il s'agit ici, notamment, de veiller à la circulation des informations, à la dissémination de la culture, à la liberté d'expression, ou au respect d'autres droits fondamentaux, dans les situations où les utilisateurs se trouvent confrontés à l'exclusivité des droits accordés aux auteurs⁶⁶.

79. Trouver un juste équilibre entre les différents intérêts est d'autant plus souhaitable que, dans l'environnement numérique, le terrain des droits exclusifs tend à s'accroître.

80. Dans cette optique de juste équilibre, le législateur européen a consacré à l'article 5 de la directive 2001/29 une liste (provisoirement)⁶⁷ exhaustive

⁶⁴ S. HALLEMANS, « Arrêt "Soulier et Dore" et "Vereniging openbare bibliotheken" : livres indisponibles et prêt public numérique », *J.D.E.*, 2017, p. 145.

⁶⁵ S. DUSOLIER, « Droits intellectuels », *J.D.E.*, 2018, p. 57.

⁶⁶ B. MICHAUX, « Diffusion du savoir, droit d'auteur et internet », in C. DE TERWANGNE et Q. VAN ENIS (dir.), *L'Europe des droits de l'homme à l'heure d'internet*, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 470-473.

⁶⁷ Depuis lors, d'autres exceptions ont été prises en compte, dans le cadre de la directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, adoptée le 26 mars 2019 par le Parlement européen et le 15 avril 2019 par le Conseil. Voy. à ce sujet les commentaires aux paragraphes 140 et suivants.

d'exceptions pouvant⁶⁸ être transposées par les législateurs nationaux dans leurs ordres juridiques. Certaines d'entre elles ont reçu une interprétation de la part de la Cour de justice, qui doit d'autant plus retenir l'attention qu'elle contribue à façonner le nouveau versant numérique du droit d'auteur.

81. La Cour veille systématiquement à rappeler que les exceptions au droit d'auteur doivent être interprétées de façon stricte. Mais en même temps, elle souligne tout aussi régulièrement que l'effet utile des exceptions doit être maintenu⁶⁹. Par ailleurs, elle insiste également sur le rôle capital du test en trois étapes, dont le respect est indispensable pour assurer l'admissibilité des exceptions et de leur application au regard du droit d'auteur⁷⁰.

82. Au passage, il n'est évidemment pas sans importance de relever les nouvelles exceptions introduites par la toute récente directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique⁷¹. Celles-ci se concentrent sur les besoins liés aux utilisations d'œuvres dans l'environnement digital. Parmi celles-ci, l'exception dite de *Text and Data Mining*, singulièrement utile dans le contexte du *Big Data*, permet, à certaines conditions, l'utilisation d'œuvres protégées, en particulier dans un but de recherche, au travers d'outils de fouille de texte.

83. Le but de la présente section est d'examiner l'interprétation la plus récente des exceptions, donnée par la Cour, en accordant la priorité à la dimension numérique. Nous présenterons, en parallèle, les derniers développements liés à l'application du test des trois étapes dans le contexte digital. Enfin, en ce qui concerne l'étude de la nouvelle exception de *Text and Data Mining*, nous renvoyons le lecteur à une autre contribution du présent ouvrage⁷².

84. Dans l'arrêt *Vereniging Openbare Bibliotheken* déjà évoqué (paragraphes 41 et 65 et suivants), la seconde partie du raisonnement de la Cour de justice concernait la possibilité de qualifier de prêt public, au sens de l'article 6 de la directive 2006/115, le prêt effectué par une bibliothèque publique sous forme numérique.

⁶⁸ Sauf la première exception qui est contraignante, toutes les exceptions figurant dans la liste sont facultatives.

⁶⁹ À cet égard, voy. également O. SASSERATH, « Les exceptions au droit de communication au public », *I.R.D.I.*, 2015/4, p. 292, et M.-Ch. JANSSENS, « Les exceptions et restrictions au droit d'auteur en Belgique (Limitations and Exceptions to Copyright in Belgium) », 1999, pp. 175-293, disponible sur <https://ssrn.com/abstract=2302525>.

⁷⁰ Ce test implique que les exceptions ne peuvent concerner que certains cas spéciaux, qu'elles ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale des œuvres, et qu'elles ne peuvent causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des ayants droit. Pour une étude plus approfondie du sujet, voy. S. DUSOLIER, « L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes », *I.R.D.I.*, 2005, pp. 212-222.

⁷¹ Voy. *infra* les commentaires consacrés à la directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique adoptés par le Parlement européen le 26 mars 2019 et par le Conseil le 15 avril 2019.

⁷² M. KNOCKAERT et Th. TOMBAL, « Quels droits sur les données », in *Actualités en droit du numérique*, pp. 53-98. Par ailleurs, voy. également B. MICHAUX, « Le big data : questions de propriété intellectuelle », *R.D.T.I.*, 2018/70, pp. 53-62.

85. La juridiction de renvoi précise, dans ce cadre, les circonstances qui caractérisent un tel prêt immatériel. Tout d'abord, les utilisateurs de la bibliothèque peuvent reproduire l'œuvre numérique sur leur propre ordinateur, par téléchargement. Toutefois, ils ne peuvent bénéficier que d'un seul téléchargement durant la période de prêt. De plus, à l'expiration de cette période, la copie téléchargée par l'utilisateur est rendue inutilisable.

86. Afin de trancher cette question, la Cour commence par rappeler le principe d'interprétation stricte des exceptions. Elle continue néanmoins en considérant que cette interprétation stricte ne doit pas empêcher l'exception en cause d'avoir un effet utile ni d'atteindre sa finalité. En l'espèce, celle-ci consiste dans la promotion culturelle. Au vu des enjeux liés à cette finalité ainsi qu'à l'effet utile, la Cour décide que l'exception de prêt public prévue au sein de la directive 2006/115 doit inclure le prêt, effectué par une bibliothèque publique, portant sur une copie intangible d'une œuvre protégée, afin que l'objectif d'intérêt public poursuivi soit atteint⁷³.

87. Certes, la Cour précise que pour être acceptable, le prêt public d'une œuvre sous un format immatériel doit présenter des caractéristiques comparables à celle d'un prêt public portant sur une œuvre sous un format matériel. Cela étant, dans l'affaire qui lui est soumise, la Cour estime que tel est bien le cas, en se basant sur la théorie des équivalents fonctionnels (la mise à disposition de l'œuvre se limite à une seule copie téléchargeable durant la période de prêt, et l'utilisation autorisée de la copie immatérielle est limitée à la durée du prêt)⁷⁴.

88. L'arrêt *Vereniging Openbare Bibliotheken* suscite un rapprochement avec un arrêt antérieur rendu par la Cour dans l'affaire *Ulmer*⁷⁵. Les faits en cause dans l'affaire *Ulmer* étaient les suivants : une bibliothèque universitaire allemande propose à ses utilisateurs d'accéder, au sein de ses locaux et sur ses terminaux informatiques, à des œuvres protégées de sa collection, numérisées par ses soins. Les utilisateurs peuvent également effectuer des impressions ou des copies sur clé USB des documents numérisés qu'ils consultent, et quitter la bibliothèque en les emportant avec eux.

89. Parmi les ouvrages numérisés se trouve un livre édité par Eugen Ulmer. Ce dernier avait proposé à la bibliothèque universitaire de conclure un contrat visant à acquérir et utiliser les œuvres pour lesquelles il est titulaire des droits, sous forme numérique. La bibliothèque avait toutefois refusé cette offre. Devant les juges, l'éditeur considère que la bibliothèque, par son refus de conclure un contrat et par sa décision d'utiliser son œuvre comme dit

⁷³ C.J., arrêt *Vereniging Openbare Bibliotheken*, points 50-51.

⁷⁴ *Ibid.*, points 52-53.

⁷⁵ C.J., arrêt *Technische Universität Darmstadt c. Eugen Ulmer KG*, 11 septembre 2014, C-117/13, EU:C:2014:2196.

ci-avant, porte atteinte à ses droits exclusifs de reproduction et de communication au public.

90. La bibliothèque, pour sa part, estime que ses agissements sont couverts par la disposition transposant en droit allemand une des exceptions prévues par la directive au bénéfice des bibliothèques (l'exception figurant à l'article 5.3, n), de la directive 2001/29). Ladite exception prévoit plus précisément qu'il peut être dérogé aux droits de reproduction et de communication au public, « lorsqu'il s'agit de l'utilisation, par communication ou mise à disposition, à des fins de recherches ou d'études privées, au moyen de terminaux spécialisés, à des particuliers dans les locaux des établissements visés au paragraphe 2, point c) [cc qui inclut les bibliothèques publiques⁷⁶], d'œuvres et autres objets protégés faisant partie de leur collection qui ne sont pas soumis à des conditions en matière d'achat ou de licence ».

91. Afin de trancher ce litige, le juge national a posé à la Cour plusieurs questions préjudicielles. La première porte sur l'interprétation qu'il convient de donner aux termes « objets protégés faisant partie de leur collection qui ne sont pas soumis à des conditions en matière d'achat ou de licence ». L'enjeu est de déterminer si une simple offre de contracter suffit à rendre l'exception inapplicable, ou si au contraire un contrat effectif doit être conclu pour que cette dernière s'efface⁷⁷.

92. La seconde question est relative à l'étendue de l'exception en cause : l'exception entraîne-t-elle une dérogation au seul droit de communication au public, ou porte-t-elle également une dérogation au droit de reproduction ? Il faut en effet garder à l'esprit que dans les circonstances de l'espèce, la bibliothèque avait procédé à la reproduction de l'œuvre du fait de sa numérisation.

93. La troisième question soumise à la Cour concerne également l'étendue de l'exception en cause, mais cette fois sous un angle différent : les utilisateurs de la bibliothèque peuvent-ils, en vertu de cette exception, bénéficier de la possibilité prévue par la bibliothèque universitaire de copier les documents consultés, en format papier ou électronique ?

94. Pour ce qui a trait à la première question, la Cour de justice considère qu'il ne suffit pas à l'ayant droit d'émettre une offre unilatérale de conclure un contrat, même à des conditions raisonnables, pour effacer le bénéfice de l'exception en faveur des bibliothèques publiques.

⁷⁶ Cette disposition vise également les établissements d'enseignement, les musées et les archives, dès lors que ces institutions ne recherchent aucun avantage commercial ou économique direct ou indirect (article 5.2, c), de la directive 2001/29). Cependant, pour des raisons de concision, nous nous limiterons au vocable « bibliothèques publiques » dans la suite de notre analyse.

⁷⁷ S. HALLEMANS, « Une hiérarchie dans l'application des exceptions à destination des bibliothèques ? », note sous C.J., 11 septembre 2014, C-117/13, R.D.T.I., 2014/57, pp. 70-72.

95. En effet, la *ratio legis* de l'exception en cause est de promouvoir les recherches et études privées par la diffusion des connaissances. Cet objectif est également celui poursuivi par les bibliothèques publiques⁷⁸. Or, si les termes «qui ne sont pas soumis à des conditions en matière d'achat ou de licence» devaient être entendus comme faisant référence à autre chose qu'un contrat réellement conclu entre les parties, une intervention unilatérale et purement discrétionnaire du titulaire des droits suffirait à supprimer l'effet utile de l'exception. L'objectif poursuivi par le législateur européen, en adoptant celle-ci, ne pourrait donc pas être atteint s'il fallait suivre cette lecture⁷⁹.

96. Pour le surplus, la Cour de justice considère que l'interprétation qu'elle préconise ne déroge pas aux exigences du test en trois étapes, au vu des autres conditions dont l'exception est assortie⁸⁰.

97. En ce qui concerne la seconde question, la Cour commence par indiquer que la numérisation des œuvres constitue une reproduction de celles-ci. Elle précise ensuite que l'exception en cause figure dans une disposition dont la phrase introductive (l'article 5.3 de la directive 2001/29) vise tant le droit de communication au public que le droit de reproduction. Cependant, la Cour relève que le libellé précis de l'exception en cause (l'article 5.3, n)) ne concerne, pour sa part, que la communication ou la mise à disposition des objets protégés⁸¹.

98. Afin de sortir de l'impasse, la Cour de justice fait à nouveau référence à l'effet utile de la disposition en cause. Elle considère que l'exception dont elle assure l'interprétation serait vidée de sa substance et ne pourrait sortir son effet utile, dans le cas où un droit accessoire de reproduction aux fins de numérisation des œuvres ne serait pas reconnu aux bénéficiaires de celle-ci⁸².

99. Or, un tel droit de reproduction existe au sein de l'article 5.2, c), de la directive 2001/29, et vise précisément les mêmes bénéficiaires que l'article 5.3, n), du même texte. Certes, ce droit y est limité à des «actes de reproduction spécifiques» (nous soulignons). La Cour indique toutefois que la condition de spécificité doit s'entendre de manière raisonnable, à savoir comme une interdiction de reproduire (en l'occurrence, numériser) *l'ensemble* des collections détenues par les bénéficiaires de l'exception prévue par l'article 5.2, c), de la directive. Dans ces circonstances, la condition de spécificité des actes de reproduction est, selon elle, remplie lorsque la numérisation est nécessaire pour donner effet utile à l'article 5.3, n), de la directive en cause⁸³.

⁷⁸ C.J., arrêt *Ulmer*, point 27.

⁷⁹ *Ibid.*, points 28, 30 et 32.

⁸⁰ *Ibid.*, point 34.

⁸¹ *Ibid.*, points 39-40.

⁸² *Ibid.*, point 43.

⁸³ *Ibid.*, points 44-46.

100. La Cour insiste également sur le fait que le droit accessoire de numérisation, ainsi reconnu aux bénéficiaires de l'exception, doit satisfaire au test des trois étapes pour être applicable.

101. Dans le cas d'espèce, la Cour relève que ledit test a été correctement pris en compte par le législateur allemand lors de la transposition de l'exception. En effet, le nombre d'exemplaires numériques d'une œuvre mise à disposition des utilisateurs par les bibliothèques publiques ne peut légalement pas dépasser le nombre de copies analogiques dont dispose l'établissement. Par ailleurs, même si la numérisation des œuvres ne donne pas lieu à la perception d'une compensation à destination des auteurs, la mise à disposition effectuée par les bibliothèques publiques de ces œuvres numérisées entraîne le paiement d'une rémunération appropriée desdits auteurs⁸⁴.

102. Enfin, réagissant à la troisième question qui lui est soumise, la Cour répond que l'exception en cause ne couvre pas les actes de reproduction effectués par les utilisateurs des œuvres communiquées, que ceux-ci soient effectués par impression ou par copie sur clé USB. Deux raisons principales sont avancées à cet égard. D'une part, le droit accessoire de reproduction reconnu par la Cour aux bibliothèques publiques, dans le cadre de sa réponse à la seconde question préjudicielle, doit rester limité à des «actes de reproduction spécifiques», ce qui n'est pas le cas en l'espèce. D'autre part, ces actes ne sont pas effectués par les bénéficiaires de l'exception prévue à l'article 5.3, n), de la directive 2001/29, mais bien par les utilisateurs des bibliothèques publiques. Or, ces derniers ne peuvent pas se prévaloir de ladite exception⁸⁵.

103. La Cour ajoute toutefois que ces derniers actes de reproduction peuvent, le cas échéant, être autorisés, sur base des articles 5.2, a) ou b), de la directive, lesquels visent la copie privée, dès lors que toutes les conditions sont réunies, et notamment qu'une compensation équitable est prévue pour l'auteur⁸⁶.

104. Ici encore, la Cour complète son propos en faisant référence au test des trois étapes. En particulier, elle indique que l'ampleur des reproductions en cause ne doit pas causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des ayants droit⁸⁷.

105. Les deux arrêts analysés dans la présente section illustrent une nouvelle fois l'action déterminante que la Cour de justice exerce sur la définition du droit d'auteur dans l'environnement numérique, en pesant cette fois sur la portée des exceptions.

⁸⁴ *Ibid.*, point 48.

⁸⁵ *Ibid.*, point 54.

⁸⁶ *Ibid.*, point 55.

⁸⁷ *Ibid.*, point 56.

106. Certes, la Cour ne manque pas de rappeler le traditionnel principe de l'interprétation restrictive des exceptions. Mais pour autant, elle ne se prive pas de tirer largement parti de l'opportunité qui lui est offerte de contrebalancer ce principe, au nom de l'effet utile dû aux exceptions⁸⁸.

107. Par ailleurs, la Cour ne manque pas non plus de positionner l'intérêt public au centre de la discussion, en mobilisant les principes de promotion culturelle et de diffusion des connaissances, ce qui renforce la légitimité de ses solutions⁸⁹. Sa volonté régulièrement affichée à cet égard est d'atteindre un juste équilibre entre les intérêts privés des titulaires de droits et ceux du public, en particulier lorsqu'il s'agit d'adapter les exceptions aux droits exclusifs des auteurs à l'environnement numérique.

Section 3

Protection judiciaire

108. La numérisation du droit d'auteur a exercé une forte incidence sur la manière de concevoir sa protection judiciaire dans un environnement dominé par les réseaux. D'emblée, un constat s'est imposé. En raison même de l'architecture d'internet, les ayants droit se trouvent confrontés à des obstacles majeurs dans la poursuite des infractions en raison, notamment, de la difficulté pour identifier les contrevenants ou de la localisation lointaine de ceux-ci dans des États peu favorables à une protection efficace⁹⁰. Très rapidement, l'on a aperçu que dans ces circonstances, les ayants droit seraient très souvent contraints d'agir à l'encontre d'autres personnes que les auteurs de l'infraction, à savoir des acteurs qui, bien que n'étant pas à l'origine des atteintes, sont en mesure de les enrayer. Il s'agit plus précisément de ceux que l'on appelle les « intermédiaires ».

109. Selon la directive 2001/29, la notion d'intermédiaire s'étend à tous les prestataires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte au droit d'auteur ou à un droit voisin⁹¹. Cette notion inclut donc mais ne se limite pas aux prestataires intermédiaires de la société de l'information, au sens de la directive 2000/31/CE. Celle-ci ne vise que trois types de prestataires (voy. *infra*, paragraphes 111 et suivants), alors qu'il existe incontestablement

⁸⁸ G. BUSSEUIL, « À propos de la numérisation des œuvres par les bibliothèques : effet utile ou déconstruction des exceptions au droit d'auteur ? », *R.L.D.I.*, 2014/108, p. 58.

⁸⁹ E. DERIEUX, « Numérisation e mise à disposition des ouvrages des bibliothèques publiques », *R.L.D.I.*, 2014/108, p. 54, et S. DUSOLLIER, « Bibliothèques et ebooks : le prêt numérique est désormais légal », *Cahiers de la Documentation*, 2016/4, p. 37.

⁹⁰ B. DocQUIR, *op. cit.* (note 48), p. 569 ; C. DE CALLATAÏ, « Les responsabilités liées aux messages postés sur Internet : l'extension du régime d'exonération de responsabilité des intermédiaires aux acteurs du web 2.0 », *A&M*, 2013/3-4, p. 166.

⁹¹ Article 8.3 de la directive 2001/29.

un grand nombre d'autres acteurs qui fournissent des services susceptibles d'être utilisés pour porter atteinte au droit d'auteur⁹².

110. S'agissant des intermédiaires, deux questions primordiales retiennent l'attention. Tout d'abord, il y a la question de leur éventuelle responsabilité au regard du régime spécifique de la directive 2000/31 (§ 1). Ensuite se pose la question des mesures judiciaires qui peuvent être ordonnées à leur encontre, indépendamment de leur responsabilité. Parmi ces mesures, le blocage et le filtrage justifient un examen critique (§ 2).

§ 1. La responsabilité des prestataires intermédiaires de la société de l'information

111. La condition des prestataires intermédiaires de la société de l'information est particulière, puisque ce ne sont pas eux mais bien les utilisateurs de leurs services qui sont à l'origine des infractions. En raison de la position centrale et de l'importance de ces opérateurs pour la croissance du web et du commerce électronique⁹³, la directive 2000/31 prévoit, en ses articles 12 à 14, une exemption conditionnelle de responsabilité pour trois types de prestataires. Il s'agit respectivement des prestataires d'une activité de simple transport, des prestataires d'une activité de *caching* et des prestataires d'une activité d'hébergement.

112. La présente contribution se concentre sur la condition des prestataires d'une activité de simple transport – à savoir les fournisseurs d'accès à internet, en abrégé les « FAI » – ainsi que celle des prestataires d'une activité d'hébergement. Leur situation respective peut être résumée comme suit. S'agissant du FAI, celui-ci ne bénéficie de l'exonération de responsabilité prévue à l'article 12 de la directive 2000/31 que s'il remplit les conditions cumulatives suivantes : (i) ne pas être à l'origine de la transmission, (ii) ne pas sélectionner le destinataire de la transmission, et (iii) ne pas sélectionner ou modifier le contenu de cette transmission⁹⁴. Quant aux hébergeurs, ceux-ci ne peuvent bénéficier de la limitation de responsabilité prévue à l'article 14 de la directive que s'ils remplissent les conditions cumulatives suivantes : (i) ne pas avoir de connaissance effective du contenu litigieux hébergé⁹⁵, et (ii)

⁹² À ce propos, voy. notamment : B. MICHAUX, « Article XVII.14 », in F. BRISON et H. VANHEES (dir.), *Le droit d'auteur belge – Hommage à Jan Corbet*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 1229 et jurisprudence citée en note de bas de page. Y sont notamment mentionnés, à titre d'intermédiaires concernés, un prestataire de services de location de serveurs informatiques permettant d'accéder à internet, un opérateur qui fournit des services de gestion de noms de domaines ou encore un opérateur permettant à ses utilisateurs d'enregistrer des émissions télévisées.

⁹³ E. MONTERO, « La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux », in X., *Le commerce électronique européen sur les rails*, coll. Cahiers du CRID, vol. 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 275.

⁹⁴ Article 12 de la directive 2000/31.

⁹⁵ « et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente ».

agir promptement afin de retirer ou rendre inaccessible le contenu litigieux une fois informé de l'existence d'un tel contenu⁹⁶.

113. Les dispositions de la directive 2000/31 étaient historiquement destinées à viser des activités revêtant un caractère purement technique⁹⁷. L'émergence du web 2.0 a cependant bouleversé les équilibres, avec l'apparition de services de contenus «jouant un rôle d'intermédiation entre différentes catégories d'utilisateurs et d'acteurs de l'internet»⁹⁸, que l'on qualifie généralement de plateformes. La Cour de justice a dès lors joué un rôle important en attribuant une interprétation évolutive à ce nouveau type d'intervenant. Dans le but de vérifier s'il y avait lieu de distinguer ces nouveaux intervenants des purs fournisseurs d'hébergement, elle a accordé une attention particulière au rôle proactif joué par certains d'entre eux, comme on le commentera.

114. La notion de prestataire d'un service de simple fourniture d'accès à internet posait *a priori* moins de difficultés. Pour autant, elle n'était pas totalement hermétique aux interrogations. Ainsi s'est posée la question de savoir si elle pouvait s'appliquer au cas d'un commerçant mettant gratuitement un réseau Wi-Fi à la disposition du public. La Cour de justice a répondu par l'affirmative dans l'affaire *Tobias Mc Fadden*⁹⁹. Dans ce cas-ci, elle a permis une interprétation extensive du champ d'application du privilège d'exonération de responsabilité, inscrit, pour les fournisseurs d'accès à internet, à l'article 12 de la directive sur le commerce électronique.

115. S'agissant de la notion d'hébergeur, L'arrêt *Google France*¹⁰⁰ est la première décision inaugurant une interprétation évolutive par la Cour de justice. Dans cette affaire concernant le service de référencement Google AdWords, la Cour relève que Google peut être considéré comme un hébergeur, s'agissant des mots clés exploités par ses utilisateurs pour la création d'annonces promotionnelles en ligne. La Cour précise néanmoins que pour être considéré comme un hébergeur, il est nécessaire que le prestataire se limite à un rôle purement technique, automatique, et passif¹⁰¹. Tel n'est pas le cas si l'opérateur a quitté la neutralité pour adopter un rôle actif de nature à lui conférer une «connaissance du contenu ou un contrôle des données stockées»¹⁰². La Cour souligne à cet égard que la perte de neutralité peut résulter du rôle que le prestataire a joué dans la rédaction du message commercial accompagnant

⁹⁶ Article 14 de la directive 2000/31.

⁹⁷ En ce sens, voy. notamment le considérant 42 de la directive 2000/31.

⁹⁸ F. GEORGE et J.-B. HUBIN, «Les prestataires intermédiaires de la société de l'information face au droit commun de la responsabilité extracontractuelle», *A&M*, 2017/3, p. 210.

⁹⁹ C.J., arrêt *Tobias Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany GmbH*, 15 septembre 2016, C-484/14, EU:C:2016:689.

¹⁰⁰ C.J., arrêt *Google France et Google*, 23 mars 2010, C-236/08, EU:C:2010:159.

¹⁰¹ *Ibid.*, points 112-114.

¹⁰² *Ibid.*, point 120.

l'annonce promotionnelle ou dans l'établissement ou la sélection des mots clés concernés.

116. L'arrêt *L'Oréal*¹⁰³ transpose les enseignements de l'arrêt *Google France* à un autre type d'intervenant, à savoir eBay, la place de marché en ligne. Après avoir précisé qu'eBay peut être considéré comme un hébergeur s'agissant des annonces de vente qui sont placées sur ses serveurs par les utilisateurs¹⁰⁴, la Cour précise encore le type d'éléments factuels susceptibles de provoquer une perte de neutralité dans le chef de la plateforme – et donc une perte du privilège de limitation de responsabilité. Il peut s'agir du fait que le prestataire procède à l'optimisation des offres de vente, ou à la promotion de celles-ci¹⁰⁵.

117. Peu après cette décision, la Cour reconnaît le statut d'hébergeur à l'exploitant d'un réseau social, Netlog. Il y a en effet de la part de Netlog une activité de stockage, s'agissant des profils des utilisateurs du réseau ainsi que du contenu que ceux-ci placent sur les serveurs de Netlog¹⁰⁶. Comme le relèvent F. George et J.-B. Hubin, cette décision s'abstient de toute référence explicite à une exigence de neutralité dans le chef du prestataire¹⁰⁷. Pour autant, il semble bien que cette exigence soit de rigueur. La Cour y renvoie d'ailleurs dans une affaire ultérieure concernant le prestataire d'un service de location et d'enregistrement d'adresses IP¹⁰⁸. Cette fois-ci, la Cour ne manque plus de souligner – à propos de l'ensemble des articles 12 à 14 de la directive – qu'il est nécessaire (pour que la limitation de responsabilité s'applique) que l'activité de l'intermédiaire revête «un caractère purement technique, automatique et passif, impliquant que ces prestataires n'ont ni la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées par les personnes auxquelles ils fournissent leurs services»¹⁰⁹.

118. La décision rendue par la Cour dans l'affaire *Stichting Brein c. Ziggo* illustre à nouveau une situation dans laquelle une plateforme ne peut se prévaloir du statut d'hébergeur. La Cour constate que certes, ce sont les internautes et non la plateforme qui prennent l'initiative des échanges d'œuvres protégées entre internautes¹¹⁰. Il n'en reste pas moins que pour la Cour, l'exploitant de la plateforme¹¹¹ joue un rôle actif, lequel consiste en l'occurrence à indexer et répertorier des fichiers («torrents») qui sont indispensables pour localiser

¹⁰³ C.J., arrêt *L'Oréal e.a.*, 12 juillet 2011, C-324/09, EU:C:2011:474.

¹⁰⁴ *Ibid.*, point 110.

¹⁰⁵ *Ibid.*, point 116.

¹⁰⁶ C.J., arrêt *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) c. Netlog NV*, C-360/10, EU:C:2011:771, point 27.

¹⁰⁷ F. GEORGE et J.-B. HUBIN, *op. cit.* (note 98), p. 224.

¹⁰⁸ C.J., arrêt *Coöperatieve Vereniging SNB-REACT U.A. c. Deepak Mehta*, 7 août 2018, C-521/17, EU:C:2018:639.

¹⁰⁹ *Ibid.*, point 47.

¹¹⁰ S. DUSOLLIER, *op. cit.* (note 65), p. 55.

¹¹¹ Il s'agit de la célèbre plateforme «The Pirate Bay».

le contenu sur le réseau et permettre aux internautes intéressés d'accéder à celui-ci¹¹².

119. Si la Cour a clairement posé l'exigence de neutralité que doit respecter l'intermédiaire pour bénéficier de la limitation de responsabilité, les contours de cette neutralité restent flous¹¹³. La question de la neutralité peut s'avérer délicate pour la plateforme. Une plateforme du type réseau social sera ainsi amenée à s'interroger sur sa propre neutralité lorsqu'elle recourt à un algorithme qui met en avant des contenus déterminés dans le fil d'actualité d'un utilisateur particulier en fonction des pages qui intéressent ce dernier. Il n'aura pas échappé aux observateurs qu'à l'automne 2018, la Cour de justice s'est vu saisir d'une question préjudicielle particulièrement pertinente sur la thématique de la neutralité concernant la plateforme YouTube. Il y est notamment demandé à la Cour si l'exploitant d'une plateforme de vidéos en ligne reste un simple hébergeur au sens de la directive 2000/31 lorsqu'il recommande à ses utilisateurs certaines vidéos « en fonction des vidéos déjà vues par ces utilisateurs »¹¹⁴.

120. S'agissant des intermédiaires, la question de la responsabilité n'est cependant pas la seule question qui se pose à leur propos. Il y a, en effet, également, la question des recours qui peuvent être activés à leur encontre, indépendamment d'une éventuelle responsabilité dans leur chef. La directive 2000/31 énonce clairement à ce sujet que les dispositions qui organisent la responsabilité des intermédiaires sont sans préjudice de la possibilité d'actions en cessation à leur égard. Le considérant 45 de ce texte mentionne, à cet égard, la possibilité de solliciter ces prestataires en justice pour mettre fin à une violation des droits, ou même prévenir celle-ci, ainsi que pour retirer un contenu infractionnel ou rendre impossible l'accès à celui-ci. Les lignes qui suivent sont précisément consacrées à ce type de mesures judiciaires.

§ 2. Injonctions judiciaires à l'égard des intermédiaires

121. En matière de droit d'auteur, la possibilité d'obtenir une injonction à l'égard d'un intermédiaire est imposée par l'article 8.3 de la directive 2001/29. Comme souligné ci-dessus, cette question est indépendante de celle de l'éventuelle responsabilité de l'intermédiaire. Ainsi que le souligne Thierry Léonard, il s'agit ici de solliciter la participation de l'un des acteurs

les plus à même¹¹⁵ de mettre fin ou de prévenir la survenance d'une situation illicite¹¹⁶.

122. Dans le domaine qui nous occupe ici, comme dans de nombreux autres, la Cour de justice a tiré un parti maximal de son potentiel d'intervention pour préciser les conditions, le contenu et les modalités des injonctions judiciaires, au point d'apparaître comme un quasi-législateur sur cette thématique. Dans les lignes qui suivent, une attention particulière sera accordée aux mesures de filtrage et de blocage. Mais il convient de signaler que d'autres mesures peuvent bien entendu être prononcées à charge des intermédiaires. Ainsi, un intermédiaire peut se voir imposer de révéler l'identité d'un contre-facteur ou de sécuriser un réseau Wi-Fi¹¹⁷.

123. Avant d'aborder la jurisprudence européenne relative à ces mesures, il convient de rappeler la substance de celles-ci, et d'opérer une distinction à leur sujet. Les mesures de filtrage sont destinées à rendre inaccessibles un ou plusieurs contenus déterminés qui font l'objet d'une transmission sur le réseau ou d'un stockage sur un site internet¹¹⁸. Par contraste, la mesure de blocage consiste, quant à elle, à rendre inaccessible l'ensemble d'un site internet, et donc de son contenu.

124. En matière de mesures de filtrage, deux décisions de la Cour sont à mentionner, à savoir l'arrêt *Scarlet*¹¹⁹, ainsi que l'arrêt *Netlog*¹²⁰. Dans l'affaire *Scarlet*, la Sabam souhaitait imposer à un fournisseur d'accès à internet une mesure de filtrage généralisé. La mesure était illimitée dans le temps et visait l'intégralité des contenus transmis par le fournisseur via les réseaux *peer-to-peer*¹²¹. Elle contraignait celui-ci à utiliser un dispositif technologique capable d'identifier en temps réel les œuvres appartenant au répertoire de la Sabam et de bloquer leur envoi ou leur réception¹²². La Cour rejette cependant la possibilité d'imposer une telle mesure de filtrage à l'intermédiaire principalement pour deux raisons.

¹¹⁵ Considérant 59 de la directive 2001/29.

¹¹⁶ Th. LÉONARD, « Les réseaux sociaux face à l'exonération de responsabilité des intermédiaires de l'internet : une application délicate », in M. SALMON (dir.), *Les réseaux sociaux et le droit*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 143-144.

¹¹⁷ Sur ces points, voy. spécialement P. CAMPOLINI, S. HERMOYE et F. LEJEUNE, « Droit d'auteur et contrefaçon dans l'environnement Internet : les injonctions contre les intermédiaires », *A&M*, 2017/3, pp. 243-245 ; A. VON MOLTKE, « Arrêt "Mc Fadden" : vers la fin des réseaux Wi-Fi publics gratuits et dépourvus de restrictions techniques ? », *J.D.E.*, 2017/3, pp. 105-106.

¹¹⁸ B. MICHAUX, *op. cit.* (note 66), p. 483.

¹¹⁹ C.J., arrêt *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, 24 novembre 2011, C-70/10, EU:C:2011:771.

¹²⁰ C.J., arrêt *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) c. Netlog NV*, 16 février 2012, C-360/10, EU:C:2012:85.

¹²¹ Il s'agit des réseaux du type BitTorrent, qui permettent aux internautes de s'échanger directement des contenus protégés (« de pair à pair »), sans passer par un nœud central.

¹²² C.J., arrêt *Scarlet*, point 20.

¹¹² C.J., arrêt *Stichting Brein c. Ziggo*, point 37.

¹¹³ B. MICHAUX, S. HERMOYE et F. LEJEUNE, « 2017 : Retour critique sur les régimes de limitation de responsabilité prévus par la Directive e-Commerce » in *Handhaving van intellectuele rechten in België/Respect des droits intellectuels en Belgique*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 80-81 ; Th. LÉONARD, « L'exonération de responsabilité des intermédiaires en ligne : un état de la question », *J.T.*, 2012/40-41, n° 6500, pp. 814-816 ; C. DE CALLATAÏ, *op. cit.* (note 90), p. 180.

¹¹⁴ Demande de décision préjudicielle présentée par le Bundesgerichtshof (Allemagne) le 6 novembre 2018, *LF/Google LLC, YouTube Inc., YouTube LLC, Google Germany GmbH*, C-682/18, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=211267>.

125. Tout d'abord, la mesure est contraire à une des dispositions majeures de la directive 2000/31. En effet, elle impose au FAI de contrôler en temps réel l'ensemble des informations circulant sur ses réseaux. De ce fait, elle constitue une mesure de surveillance généralisée, laquelle est formellement interdite par l'article 15, § 1^{er}, de la directive 2000/31¹²³.

126. Ensuite, la mesure en question porte atteinte de manière excessive à différents droits fondamentaux reconnus par l'ordre juridique de l'Union européenne. Certes, le droit d'auteur est un droit fondamental, en tant qu'il fait partie de la propriété intellectuelle. Cependant, sa protection doit être mise en balance avec le respect d'autres droits fondamentaux. Ainsi, il convient de tenir compte de la liberté d'entreprise de l'intermédiaire, lequel ne peut se voir imposer des charges déraisonnables sur le plan financier ou sur le plan technique. Il convient également de prendre en considération les droits fondamentaux des internautes, dont celui de recevoir et de communiquer des informations, ainsi que celui de voir protéger les données personnelles qui les concernent. La Cour envoie au passage un message fort : bien que protégée en tant que droit fondamental dans l'Union européenne, la propriété intellectuelle n'est pas pour autant protégée de manière *absolue*¹²⁴.

127. Au regard de la liberté d'entreprise du FAI, la Cour souligne que la mesure sollicitée constitue une atteinte caractérisée parce qu'excessivement complexe et coûteuse. En outre, la durée de la mesure pose également problème, puisque celle-ci se voulait sans limite dans le temps.

128. Au regard des droits fondamentaux des internautes, la mesure n'est pas moins problématique. D'une part, elle nécessite une identification de l'adresse IP des utilisateurs et porte donc atteinte au droit à la protection des données à caractère personnel. D'autre part, il existe un risque de blocage concernant certains contenus licites et, dès lors, une atteinte potentielle à la liberté de recevoir et de communiquer de l'information¹²⁵.

129. Quelques mois après l'intervention de l'arrêt *Scarlet*, l'affaire *Netlog* est l'occasion pour la Cour de confirmer son raisonnement. Certes, la mesure de filtrage sollicitée concerne cette fois une plateforme de type réseau social (qualifiée d'hébergeur par la Cour) et non un fournisseur d'accès à internet. En définitive, cela change toutefois fort peu la donne. En effet, la mesure est formulée de la même manière que dans *Scarlet*. Et par ailleurs, l'hébergeur peut, lui aussi, à l'instar du fournisseur d'accès, écarter toute mesure qui s'assimile à une obligation générale de surveillance. Pour le surplus, il n'y avait pas de motif pour raisonner différemment dans *Netlog* sur le plan de l'équilibre des droits fondamentaux.

¹²³ *Ibid.*, points 39-40.

¹²⁴ *Ibid.*, point 43.

¹²⁵ *Ibid.*, points 47-51.

130. D'une certaine manière, les solutions *Scarlet* et *Netlog* peuvent sembler paradoxales si on les considère du point de vue de la liberté d'expression à l'aune de la jurisprudence d'une autre instance européenne, à savoir la Cour européenne des droits de l'homme.

En effet, les mesures de filtrage paraissent *a priori* plus ciblées (en tant qu'elles se limitent à un contenu infractionnel déterminé) et donc moins attentatoires à la liberté d'expression que des mesures de blocage – qui, elles, sont plus larges sur le plan du contenu impacté. De ce point de vue, les mesures de filtrage semblent à première vue plus en phase avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme où celle-ci a, à plusieurs reprises, souligné l'importance d'internet en général¹²⁶ et de certaines plateformes en particulier¹²⁷ pour l'exercice de la liberté d'expression et de la liberté de recevoir des informations. En effet, les mesures de filtrage sont de nature à porter une atteinte plus réduite à ces libertés, puisqu'elles n'affectent que certains contenus et non l'ensemble d'un site internet.

Il convient néanmoins de resituer la portée des arrêts *Scarlet* et *Netlog*. Même dans le cadre de mesures *a priori* plus ciblées, telles que des mesures de filtrage, il importe de se montrer critique sur le plan de l'équilibre des droits fondamentaux. L'avis négatif de la Cour était manifestement dicté dans ces deux affaires par les conséquences excessives de la mesure de filtrage telle que proposée par la Sabam, et il n'était pas destiné à condamner toute forme de mesures de filtrage en général¹²⁸.

131. L'arrêt *UPC Telekabel*¹²⁹ concerne quant à lui une injonction de blocage imposée à un FAI. Cet arrêt, qui reste aujourd'hui la référence sur ce sujet, se prononce cette fois en faveur des titulaires de droits puisque la Cour avale la possibilité d'obtenir la mesure sollicitée. La Cour apporte, par ailleurs, des précisions importantes, s'agissant notamment d'apprécier et de mettre en œuvre l'équilibre des droits fondamentaux des différentes parties concernées : les ayants droit, le fournisseur d'accès à internet et les internautes.

132. Dans sa décision, la Cour relève tout d'abord qu'un FAI doit être considéré comme un intermédiaire au sens de l'article 8.3 de la directive 2001/29, dans la mesure où ses services peuvent bel et bien être utilisés pour commettre une atteinte aux droits exclusifs des auteurs. En soi, le constat n'est pas surprenant, dès lors qu'il se conçoit aisément qu'un opérateur de ce type peut se trouver dans une situation où il donne un accès à un site internet proposant des contenus protégés sans l'autorisation des

¹²⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Times Newspapers LTD c. Royaume-Uni* (n° 1 et 2), 10 mars 2009, point 27; Cour eur. D.H., arrêt *Ahmet Yildirim c. Turquie*, 18 décembre 2012, point 54.

¹²⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Cengiz e.a. c. Turquie*, 1^{er} décembre 2015, point 52.

¹²⁸ B. MICHAUX, *op. cit.* (note 66), p. 486.

¹²⁹ C.J., arrêt *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH et Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, 27 mars 2014, C-314/12, EU:C:2014:192.

ayants droit. Ce qui retient l'attention dans la décision à cet égard, c'est le rôle incontournable du FAI pour permettre aux internautes d'accéder au site litigieux¹³⁰. À ce titre, une injonction à son encontre est donc bien possible, et se justifie par le fait qu'il permet techniquement à ses utilisateurs d'accéder à des contenus litigieux¹³¹. La solution semble aller de soi. Il ne faut toutefois pas négliger une objection qui aurait pu instiller un doute. Dans cette affaire, en effet, il avait été objecté que l'intermédiaire n'était pas en relation contractuelle avec le site contrevenant : celui-ci ne faisait que bénéficier indirectement des services de l'intermédiaire en ce que l'intermédiaire permettait un accès au site. La Cour estime néanmoins que même dans ces circonstances, le site contrevenant « utilise » les services de l'intermédiaire, de sorte que celui-ci est susceptible de faire l'objet d'une injonction¹³².

133. La Cour apporte en outre des précisions notables sur le plan de l'efficacité de la mesure sollicitée. Il faut garder à l'esprit que l'efficacité de la mesure est une exigence du droit de l'Union, au demeurant parfaitement logique, car il ne serait pas raisonnable d'imposer à un intermédiaire de supporter la charge de mesures qui s'avèreraient dépourvues d'effets. L'arrêt indique à cet égard que la mesure ne doit pas être d'une efficacité absolue. L'on sait en effet que certaines mesures de blocage en particulier sont spécialement exposées à un contournement de la part des internautes. La Cour explique à ce sujet que même si la mesure concernée ne permet pas de mettre totalement fin à l'atteinte, il suffit qu'elle ait pour effet de rendre difficile la consultation des contenus litigieux ou de décourager sérieusement les utilisateurs du service afin d'être considérée comme suffisamment efficace¹³³, et donc comme acceptable au regard des exigences du droit de l'Union.

134. S'agissant de la liberté d'entreprise de l'intermédiaire, la situation *UPC Telekabel* était fort différente de celle des affaires *Scarlet* et *Netlog*. En effet, dans ce cas-ci, le prestataire ne se voyait pas imposer une mesure déterminée qui aurait été définie par les ayants droit. Il était libre de déterminer lui-même les solutions techniques à adopter, et il pouvait s'exonérer d'un éventuel échec desdites solutions en prouvant qu'il avait pris toutes les mesures raisonnables pour mettre fin aux atteintes.

135. L'arrêt *UPC* semble indiquer qu'aux yeux de la Cour, il est plus proportionné de fixer un but à atteindre à l'opérateur que de lui imposer un ensemble précis de modalités techniques pour mettre la mesure en œuvre. L'arrêt précise par ailleurs que le fait d'imposer une charge finan-

cière importante à l'intermédiaire n'est pas automatiquement de nature à porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprise. Le coût de la mesure doit cependant être analysé au regard des ressources financières du FAI¹³⁴.

136. Sur le terrain des droits fondamentaux des utilisateurs d'internet, la Cour réaffirme tout d'abord l'importance de la proportionnalité de la mesure, qui ne doit pas priver inutilement les internautes de leur liberté d'accéder à des informations licites¹³⁵. Ensuite, il est nécessaire que les règles de procédure nationales permettent aux internautes de faire valoir leurs intérêts *a posteriori*¹³⁶. Ces deux considérations ne sont pas anodines.

137. En ce qui concerne le principe de proportionnalité, il semble raisonnable de considérer que la proportionnalité d'une mesure de blocage doit en principe être évaluée, notamment, au regard de la quantité d'œuvres litigieuses présentes sur le site visé. Il paraît en effet *a priori* peu proportionné de bloquer l'accès à l'ensemble d'un site internet si seuls quelques contenus litigieux se trouvent présents au sein d'une masse colossale d'autres contenus qui, eux, sont licites.

138. Ensuite, l'obligation de prévoir, au niveau national, la possibilité pour les internautes de faire valoir leurs droits à l'encontre d'injonctions de blocage suscite certaines réflexions. Il n'allait pas de soi que la Cour de justice en fasse une obligation communautaire. En effet, une obligation de ce type ne figure pas telle quelle dans le texte de la directive 2001/29, lequel semble plutôt laisser les coudées franches aux législateurs nationaux concernant les aspects procéduraux¹³⁷. Cela étant, on comprend le raisonnement de la Cour et le fait est que désormais les droits nationaux devront prendre en compte l'obligation indiquée par la Cour.

139. Dans le prolongement de ce qui précède, il convient de relever en droit belge certaines tentatives pour moderniser l'arsenal procédural, tant à l'avantage des ayants droit qu'à celui des intermédiaires et des internautes. En particulier, on épinglera un avant-projet de loi prévoyant la possibilité pour les ayants droit d'obtenir des mesures par requête unilatérale. Outre cette possibilité, le texte prévoit que les associations de défense des droits fondamentaux pourront former des recours à l'encontre des mesures qui auraient été octroyées¹³⁸.

¹³⁰ *Ibid.*, point 32.

¹³¹ *Ibid.*, point 36.

¹³² *Ibid.*, point 34.

¹³³ *Ibid.*, point 36.

¹³⁴ *Ibid.*, point 52.

¹³⁵ *Ibid.*, point 63.

¹³⁶ *Ibid.*, point 57.

¹³⁷ Voy., en ce sens, le considérant 59 de la directive 2001/29.

¹³⁸ À ce sujet, voy. B. MICHAUX, « Lutter contre les atteintes en ligne au droit d'auteur : la Belgique construit un modèle original », *A&M*, 2017/3, pp. 264-266.

Section 4

Activité législative

140. Sur le plan législatif, l'Union européenne développe également une activité intense liée à la numérisation du droit d'auteur et à son exploitation transfrontalière. On mentionnera entre autres à ce sujet la directive 2012/28/UE sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines¹³⁹, la directive 2014/26/UE sur l'octroi de licences multi-territoriales portant sur l'utilisation d'œuvres musicales en ligne¹⁴⁰, et le règlement 2017/1128 relatif à la portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne dans le marché intérieur¹⁴¹. Mais bien évidemment, la pièce majeure du processus de modernisation du droit d'auteur consiste dans l'adoption de la directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique que la Commission a proposée en septembre 2016¹⁴². À l'heure où sont écrites ces lignes, le texte de la directive vient d'être adopté par le Parlement européen le 26 mars 2019 et par le Conseil le 15 avril 2019¹⁴³. Pour la facilité, ce texte sera désigné ci-après comme : «la directive DSM», d'après l'acronyme anglais pour désigner le marché unique numérique, «digital single market»¹⁴⁴.

141. La directive DSM poursuit trois objectifs principaux de portée générale : (i) l'adaptation de certaines exceptions au numérique dans les domaines de la recherche, de l'éducation et de la conservation du patrimoine culturel, (ii) l'élargissement de l'accès aux contenus au sein de l'Union, et (iii) la favorisation d'un marché du droit d'auteur plus équitable¹⁴⁵.

142. Le propos de la présente contribution n'est pas de procéder à un examen exhaustif de la directive DSM¹⁴⁶, mais de présenter brièvement trois

¹³⁹ Directive 2012/28/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines, J.O., L 299, 25 octobre 2012.

¹⁴⁰ Directive 2014/26/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et l'octroi de licences multi-territoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur, J.O., L 84, 20 mars 2014.

¹⁴¹ Règlement (UE) 2017/1128 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relatif à la portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne dans le marché intérieur, J.O., L 168, 30 juin 2017.

¹⁴² Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, 14 septembre 2016, COM(2016) 593 final.

¹⁴³ Voy. les textes suivants adoptés par le Parlement européen le 26 mars 2019 : (i) résolution législative du Parlement européen du 26 mars 2019 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique; (ii) position du Parlement européen arrêtée en première lecture le 26 mars 2019 en vue de l'adoption de la directive (UE) 2019/... du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE. Ces textes sont consultables à l'adresse suivante : www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2019-0231+0+DOC+XML+V0//FR.

¹⁴⁴ À l'heure où sont écrites ces lignes, la directive n'a pas encore été publiée au *Journal officiel de l'Union européenne*. On observera que les États membres disposent d'un délai de 24 mois à compter de cette publication pour transposer la directive.

¹⁴⁵ En ce sens, voy. S. DUSOLIER, «Chronique. Les droits intellectuels», J.D.E., 2017/2, p. 70; E. WÉRY et M. COCK, «Droit d'auteur : accord européen sur la nouvelle directive», 14 septembre 2019, www.droit-technologie.org/actualites/droit-dauteur-accord-europeen-sur-la-nouvelle-directive.

¹⁴⁶ D'autant qu'elle présente un caractère fort hétéroclite.

groupes de dispositions essentielles. La priorité sera donnée aux dispositions les plus médiatisées, à savoir les articles 17 (§ 1) et 15 (§ 2). Nous aborderons ensuite les nouvelles exceptions (obligatoires) que le texte vise à instaurer (§ 3).

§ 1. L'article 17, disposition dite «value gap»

143. La notion de *value gap* se fonde sur l'asymétrie existant actuellement entre la rémunération perçue par les ayants droit pour l'utilisation de leurs œuvres sur internet, et les profits (significatifs) effectivement générés par ces mêmes œuvres au bénéfice de certains fournisseurs de services de la société de l'information (en clair, les opérateurs de plateformes du type Youtube ou Facebook). Il faut relever à cet égard que l'exploitation d'œuvres protégées, en particulier sur certaines plateformes, intervient à une échelle considérable, sans autorisation des ayants droit ni rémunération appropriée en leur faveur.

144. Il est de notoriété publique que les opérateurs des plateformes retirent un bénéfice substantiel de la présence pléthorique d'œuvres protégées sur leurs serveurs, grâce à la monétisation de la publicité en ligne, sans pour autant redistribuer de rémunération appropriée aux ayants droit¹⁴⁷. Jusqu'à présent, les opérateurs de plateformes se fondaient sur une interprétation extensive de la notion d'hébergeur (voy. *supra*, paragraphes 113 et suivants), pour se déresponsabiliser de l'exploitation massive d'œuvres effectuées par les internautes sur leurs serveurs. *De facto*, la situation se caractérisait par un transfert de valeur : la valeur générée par les créateurs se voyait transférer aux mains des opérateurs de plateformes de partage de contenus¹⁴⁸.

145. L'article 17 du texte du Parlement européen vise à répondre à cette problématique. Cette disposition a vocation à s'appliquer aux fournisseurs de services de partage de contenu en ligne¹⁴⁹. Ceux-ci sont définis les fournisseurs d'un service de la société de l'information dont l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux est de stocker et de donner au public l'accès à une quantité importante d'œuvres protégées par le droit d'auteur ou d'autres objets protégés¹⁵⁰ qui ont été téléversés¹⁵¹ par ses utilisateurs, et qu'il organise et promeut¹⁵² à des fins lucratives. Sont néanmoins exclus de cette définition les

¹⁴⁷ Sur ce sujet, voy. A. BENSAMOUN, «Le value gap ou le partage de la valeur dans la proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique», *Entertainment*, 2018/4, p. 278, et J. FARCHY et F. MOREAU, *L'économie numérique de la distribution des œuvres et le financement de la création* (rapport au Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique français), 2016, spécialement pp. 44-47.

¹⁴⁸ G. SAN JUAN, *La proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique*, 11 mars 2018, www.ipnews.be/la-proposition-de-directive-sur-le-droit-dauteur-dans-le-marche-unique-numerique-partie-4.

¹⁴⁹ Voy. l'article 2(5) du texte adopté par le Parlement européen le 26 mars 2019.

¹⁵⁰ Il s'agit notamment des enregistrements sonores et audiovisuels protégés par des droits voisins.

¹⁵¹ Le terme «téléversés» est censé correspondre au terme anglais «uploaded».

¹⁵² Notons néanmoins que le fait de promouvoir un contenu avait déjà été considéré par la Cour comme l'un des critères de nature à faire perdre à un hébergeur sa neutralité. Voy. C.J., arrêt *L'Oréal*, point 116 et réflexions sur le sujet *supra* (paragraphe 116).

prestataires de services tels que les encyclopédies en ligne à but non lucratif, les répertoires éducatifs et scientifiques à but non lucratif, les plateformes de développement et de partage de logiciels libres, les fournisseurs de services de communication électronique au sens de la directive 2018/1972, les places de marché en ligne, les services en nuage entre entreprises et les services en nuage qui permettent aux utilisateurs de téléverser des contenus pour leur propre usage.

Pour la lisibilité du propos, nous désignerons par le terme «plateforme» ou «opérateur de la plateforme» ou «le prestataire», tout prestataire visé par l'article 17.

146. Cette disposition mentionne clairement que les plateformes effectuent un acte de communication au public ou un acte de mise à la disposition du public lorsqu'elles donnent au public l'accès à des œuvres protégées par le droit d'auteur ou à d'autres objets protégés qui ont été téléversés par ses utilisateurs. Par conséquent, comme le prescrit explicitement le texte, elles doivent obtenir l'autorisation des ayants droit, par exemple en concluant un accord de licence¹⁵³.

147. Dans la mesure où la plateforme effectue un acte de communication au public ou un acte de mise à disposition du public comme dit ci-avant, elle ne bénéficie pas de la limitation de responsabilité accordée à l'hébergeur par l'article 14 de la directive 2000/31¹⁵⁴. En revanche, elle pourra continuer à bénéficier de cette limitation pour d'autres finalités que celle-là¹⁵⁵. Cette disposition semble ainsi consacrer une approche fonctionnelle de la notion d'hébergeur, impliquant une analyse indépendante de chaque activité fournie par la plateforme et non des services proposés par l'opérateur dans leur globalité¹⁵⁶.

148. Comme signalé, les plateformes sont tenues d'obtenir l'autorisation des titulaires de droits pour l'utilisation de contenu protégé sur leurs serveurs, notamment en concluant des accords de licence. Cette autorisation vaudra alors pour les actes accomplis par les utilisateurs des services de la plateforme lorsqu'ils n'agissent pas à des fins commerciales ou lorsque leur activité ne génère pas de revenus significatifs¹⁵⁷.

149. À défaut d'autorisation des titulaires de droit, la plateforme sera considérée comme procédant à des actes de communication au public non autorisés et sera donc responsable pour ces actes. L'opérateur sera néanmoins en mesure

¹⁵³ Article 17(1).

¹⁵⁴ Article 17(3).

¹⁵⁵ En ce sens également, voy. le considérant 65.

¹⁵⁶ À ce propos, voy. spécialement F. GEORGE et J.-B. HUBIN, *op. cit.* (note 98), pp. 218-219, et E. MONTERO, «Les responsabilités liées au web 2.0», *R.D.T.I.*, 2008/3, n° 32, pp. 369-370.

¹⁵⁷ Article 17(2).

de s'exonérer de cette responsabilité, à condition de pouvoir démontrer qu'il remplit les quatre conditions cumulatives énumérées par la directive¹⁵⁸.

150. Plus précisément, le prestataire devra être en mesure de démontrer avoir : (i) fourni ses meilleurs efforts pour obtenir une autorisation du titulaire ; (ii) fourni ses meilleurs efforts, conformément aux standards de l'industrie et à la diligence professionnelle, pour rendre indisponibles les œuvres pour lesquelles les titulaires de droit ont fourni les informations nécessaires et pertinentes ; (iii) agi promptement, après notification (suffisamment motivée) des titulaires de droits pour rendre inaccessibles ou pour retirer les œuvres faisant l'objet de la notification ; et (iv) fourni ses meilleurs efforts pour empêcher, après notification (suffisamment motivée) des titulaires de droits, que les œuvres faisant l'objet de la notification soient téléversées dans le futur.

151. On aura relevé qu'afin d'engager la responsabilité de l'opérateur, il sera requis que les ayants droit aient, au préalable, fourni les informations nécessaires concernant les œuvres dont l'indisponibilité est souhaitée¹⁵⁹.

152. Des allègements de responsabilité sont par ailleurs prévus au bénéfice de certains opérateurs. Tel est le cas pour certains «nouveaux entrants».

Concrètement, il s'agit du prestataire dont le service est disponible au public depuis moins de trois ans, et dont le chiffre d'affaires annuel ne dépasse pas dix millions d'euros. Ce type de prestataire pourra se limiter à fournir ses meilleurs efforts pour obtenir un accord de licence et pour rendre inaccessibles ou pour retirer les œuvres qui lui auront été notifiées par les titulaires de droits. En revanche, il ne devra pas empêcher que les œuvres rendues inaccessibles ou retirées soient téléversées à nouveau dans le futur, sauf s'il apparaît que le nombre moyen de visiteurs uniques par mois de sa plateforme dépasse cinq millions. Dans tous les cas de figure, même si le nombre de visiteurs dépasse ce seuil, le nouvel entrant est dispensé d'adopter des outils technologiques destinés à garantir préventivement l'indisponibilité d'œuvres pour lesquelles les titulaires de droits auraient fourni des informations nécessaires et pertinentes¹⁶⁰.

Passé un délai de trois ans, ou si le chiffre d'affaires annuel dépasse dix millions d'euros, le prestataire sera alors tenu de remplir l'ensemble des quatre conditions énumérées par la directive pour conserver le bénéfice d'exonération de responsabilité.

153. *A priori*, les quatre conditions à charge de la plateforme pour pouvoir s'exonérer de sa responsabilité sont relativement exigeantes. Le législateur souhaite cependant rester dans le périmètre du raisonnable. Il est donc prévu que le respect de ces conditions sera apprécié au regard du principe de

¹⁵⁸ Article 17(4).

¹⁵⁹ Considérant 66.

¹⁶⁰ Article 17(6).

proportionnalité en tenant compte de divers paramètres, à savoir le type de service offert, sa taille, son audience, le type d'œuvres concernées, la disponibilité de moyens adaptés et efficaces ainsi que leur coût pour le prestataire¹⁶¹.

154. Par ailleurs, la directive prend en compte les intérêts des utilisateurs des services offerts par la plateforme. C'est également dans l'intérêt de ces derniers qu'elle impose une coopération entre les titulaires de droits et les prestataires. Un des objectifs de cette coopération est d'éviter l'indisponibilité de contenus licites ou couverts par des exceptions ou limitations¹⁶².

155. La directive est en particulier soucieuse de garantir le respect des exceptions suivantes au bénéfice des utilisateurs de services de plateformes¹⁶³ : l'exception à des fins de citation, critique ou revue¹⁶⁴, ainsi que l'exception à des fins de caricature, pastiche ou parodie¹⁶⁵.

Les prestataires devront mettre en place des dispositifs rapides et efficaces afin de permettre aux utilisateurs de leurs services d'introduire une contestation contre le blocage ou le retrait d'un contenu qui serait injustifié à leur estime¹⁶⁶. Ces contestations devront être traitées par une personne physique (et donc pas par un dispositif automatisé) et sans retard indu.

156. L'ensemble du mécanisme mis en place par l'article 17 ne manque pas de susciter de vives discussions. Il faut reconnaître que les sources de débat ne manquent pas. Il y a aussi des zones d'imprécision sur des points critiques à commencer par le champ d'application, à suivre certains commentaires¹⁶⁷. La directive énonce à ce dernier sujet que la réglementation nouvelle s'applique aux prestataires qui donnent accès à une quantité « importante »¹⁶⁸ d'œuvres protégées. Bien entendu, pour certaines plateformes, aucun doute n'est permis¹⁶⁹, mais pour d'autres, il est permis d'hésiter. La notion de quantité « importante » est assurément indéfinie, et c'est sans doute délibéré, car comme les considérants le mentionnent, le but est de permettre une appréciation au cas par cas¹⁷⁰. Il faut, par ailleurs, ne pas exagérer la critique. Il existe de nombreux exemples de législations qui recourent à des notions indéfinies pour déclencher l'application des dispositions qu'elles prévoient¹⁷¹. De plus, ce texte-ci fournit quelques éléments de réponse qui ne sont pas anodins, en

¹⁶¹ Article 17(5).

¹⁶² Article 17(7).

¹⁶³ Article 17(7).

¹⁶⁴ Article 5.3, d), de la directive 2001/29.

¹⁶⁵ Article 5.3, k), de la directive 2001/29.

¹⁶⁶ Article 17(9) de la directive DSM.

¹⁶⁷ V. BENABOU, « Distorsion de valeur et distorsions des droits – Le "Value Gap" : patagès, galimatias, et finalement, amphigouri », *A&M*, 2017/3, p. 272.

¹⁶⁸ Article 2(6).

¹⁶⁹ Il suffit de se référer à l'exemple maintes fois cité de la plateforme YouTube.

¹⁷⁰ Considérant 63.

¹⁷¹ À titre d'exemple, la protection *sui generis* qui bénéficie au producteur d'une base de données ne s'applique qu'en présence d'un investissement « substantiel ».

mentionnant non seulement des critères (l'audience du service et le nombre de fichiers¹⁷²), mais même quelques données chiffrées. Ainsi, on relèvera que le seuil de cinq millions de visiteurs en moyenne par mois sert à identifier les cas où un « nouvel entrant » est dispensé (ou non) de l'obligation d'adopter des dispositifs destinés à éviter que des œuvres notifiées ne soient à nouveau téléversées dans le futur. Certes, la donnée n'aide que de manière indirecte, mais elle n'est pas inutile.

157. Pour le surplus, de nombreuses questions se posent concernant la mise en œuvre pratique des mécanismes prévus par la directive, notamment sur les plans suivants : les conditions nécessaires pour favoriser la conclusion d'accords de licence ; la coopération entre les titulaires de droits et les prestataires ; l'obligation pour l'opérateur du service de se conformer aux normes élevées du secteur lorsqu'il s'agit d'assurer préventivement l'indisponibilité des œuvres sur ses serveurs ; le respect effectif des exceptions ; l'efficacité et la rapidité des dispositifs de résolution des plaintes en cas de retrait injustifié.

158. Au-delà des imprécisions et des zones d'interrogation, il y a de véritables préoccupations potentielles. Un des points critiques à ce sujet concerne l'obligation pour l'opérateur de se conformer aux « normes élevées du secteur en matière de diligence professionnelle » pour assurer l'indisponibilité des œuvres pour lesquelles les titulaires de droits ont fourni des informations nécessaires et pertinentes. D'aucuns pourraient nourrir la crainte que ce type d'obligation ne génère une charge financière supplémentaire qui viendrait grever le budget de certains prestataires déjà en place tels que, par exemple, les forums de partage spécialisés en matière de photographie. Ces craintes sont toutefois à mettre en balance avec le devoir d'interpréter l'obligation du prestataire dans les limites du principe de proportionnalité¹⁷³.

159. Enfin, il reste à voir comment, sur le terrain, le respect des exceptions et limitations en faveur des utilisateurs sera assuré de manière satisfaisante. La réponse dépend en grande partie d'éléments qui restent incertains pour le moment parmi lesquels : l'efficacité du modèle de coopération entre les titulaires de droits et les prestataires, la qualité et la rapidité des dispositifs destinés à traiter les plaintes et les recours des utilisateurs. Plus fondamentalement encore, il subsiste une zone d'incertitude regrettable concernant les exceptions : à ce jour, les textes omettent d'affirmer le caractère obligatoire de la majorité des exceptions. Certes, un considérant de la directive exprime clairement le souhait de rendre toutes les exceptions obligatoires¹⁷⁴, mais le texte même de la directive reste muet sur leur statut. Dans l'attente d'une affirmation du caractère obligatoire en bonne et due forme, il reste à espérer

¹⁷² Considérant 63.

¹⁷³ Selon Alexandra Bensamoun, la mise en balance des obligations au regard du principe de proportionnalité prévue par le texte éviterait cependant ce risque. Voy. A. BENSAMOUN, *op. cit.* (note 147), p. 286.

¹⁷⁴ Considérant 70.

que les futures lignes de conduite de la Commission contribueront déjà à clarifier la situation, sur ce point également.

§ 2. Création d'un nouveau droit voisin au profit des éditeurs de presse

160. La seconde disposition clé de la directive DSM à avoir attisé les discussions est son article 15¹⁷⁵, qui prévoit la mise en place d'un droit voisin au profit des éditeurs de presse. À l'instar de l'article 17, cette disposition se fonde sur le constat qu'avec le numérique, de nouveaux acteurs sont apparus qui perçoivent un profit substantiel grâce aux contenus protégés (cette fois les publications de presse), sans que ces nouveaux acteurs ne paient de rémunération appropriée à ceux qui ont assumé la charge financière et organisationnelle pour les produire¹⁷⁶, à savoir en l'occurrence les éditeurs de presse.

161. Ces nouveaux acteurs, en particulier les agrégateurs d'informations et les services de veille médiatique¹⁷⁷, tirent en effet profit des articles de presse sans pour autant devoir investir dans la production de ces contenus. De plus, en raison de la jurisprudence européenne et notamment de l'arrêt *Reprobel*¹⁷⁸, la situation est en l'état fort défavorable aux éditeurs¹⁷⁹ puisqu'il y est souligné que ceux-ci ne sont pas identifiés par la directive 2001/29 comme étant titulaires de droits exclusifs¹⁸⁰. Sauf cession explicite des droits par l'auteur d'une publication de presse, ceux-ci ne pouvaient donc, avant la directive, prétendre à une quelconque rémunération¹⁸¹. L'article 15 vise en conséquence à ce que, grâce à un nouveau droit, les éditeurs de presse soient rémunérés lors de la réutilisation de leurs publications par ces nouveaux acteurs¹⁸².

162. La notion de publication de presse est définie comme : (i) un ensemble composé principalement d'œuvres littéraires de nature journalistique, qui peut également inclure d'autres œuvres ou objets protégés ; (ii) constitue un objet individuel au sein d'un périodique ou d'une publication régulièrement mise à jour sous un titre unique tel qu'un journal ou un magazine généralisé ou spécialisé ; (iii) a pour but de fournir au grand public des informations en relation avec l'actualité ou d'autres sujets ; et (iv) qui est publié sur tout support à l'initiative, sous la responsabilité éditoriale et sous le contrôle d'un prestataire de services¹⁸³.

¹⁷⁵ Il s'agit de l'ancien article 11 de la proposition de directive.

¹⁷⁶ Voy., à cet égard, le considérant 55.

¹⁷⁷ Considérant 54.

¹⁷⁸ C.J., arrêt *Hewlett-Packard Belgium SPRL c. Reprobel SCRL*, 12 novembre 2015, C-572/13, EU:C:2015:750.

¹⁷⁹ Sur ce point, voy. notamment V. CASSIERS, « Arrêt Reprobel : la législation belge en matière de reprographie ne respecte pas le droit de l'Union européenne », *Ing. Cons.*, 2015/4, pp. 833-835.

¹⁸⁰ C.J., arrêt *Reprobel*, point 47.

¹⁸¹ En ce sens, voy. également le considérant 54.

¹⁸² P. SCHMITT, « Droits intellectuels », *J.D.E.*, 2019/2, n° 256, p. 71.

¹⁸³ Article 2(4).

163. Sont expressément exclus de cette définition les périodiques publiés à des fins scientifiques ou académiques tels que les journaux scientifiques¹⁸⁴. Les blogs, n'étant pas édités sous la responsabilité éditoriale d'un éditeur de presse, devraient également être exclus de la notion de publication de presse¹⁸⁵.

164. Le nouveau droit accordé aux éditeurs de presse peut être rattaché à la catégorie des droits voisins, dès lors qu'il récompense des investissements financiers et organisationnels, à savoir ceux qui ont été exposés par les éditeurs en question. Ce nouveau droit voisin a vocation à s'appliquer en cas de reproduction ou de communication au public de publications de presse par un prestataire d'un service de la société de l'information. Les agrégateurs de contenu seront donc tenus d'obtenir l'autorisation d'utiliser les publications des éditeurs de presse. Initialement conçu pour une durée de vingt ans¹⁸⁶, dans la version finale du texte – telle qu'adoptée par le Parlement européen et le Conseil – le droit voisin se voit limité à une durée de deux ans à partir de la date de publication du contenu¹⁸⁷.

165. Sur le plan des prérogatives, ce droit voisin comporte le droit d'autoriser ou d'interdire d'une part la reproduction¹⁸⁸, et d'autre part la mise à disposition numérique interactive¹⁸⁹. En revanche, il ne mentionne pas la communication au public en général¹⁹⁰. C'est donc très clairement et spécifiquement l'exploitation digitale des articles de presse, et uniquement cette exploitation-là, dont le législateur a voulu permettre le contrôle par l'éditeur de presse.

166. Par ailleurs, la directive entend limiter l'étendue du droit exclusif de l'éditeur. Ainsi, celui-ci ne pourra s'opposer à l'utilisation faite à titre privé ou non commercial par des utilisateurs individuels¹⁹¹. Il ne pourra pas non plus s'opposer aux actes liés aux hyperliens¹⁹². En outre, il ne pourra pas s'opposer à l'utilisation de mots isolés ou de très courts extraits de publications de presse¹⁹³ (communément désignés sous le terme anglais « snippets »).

167. Par ailleurs, la directive a voulu éviter que le nouveau droit de l'éditeur ne gêne les personnes qui ont des droits propres sur du contenu intégré dans la publication de l'éditeur. On peut penser par exemple à l'auteur d'un article ou d'une partie d'article (qui n'aurait pas cédé l'intégralité

¹⁸⁴ Article 2(4).

¹⁸⁵ Considérant 56.

¹⁸⁶ N. MARTIAL-BRAZ, « Le droit voisin des éditeurs de presse dans la directive sur le droit d'auteur dans le Marché numérique : l'opportunité d'une consécration en question », *Entertainment*, 2018/4, p. 297.

¹⁸⁷ Article 15(4) du texte adopté par le Parlement européen.

¹⁸⁸ Article 2 de la directive 2001/29, auquel se réfère l'article 15.1 de la directive DSM.

¹⁸⁹ Article 3.2 de la directive 2001/29, auquel se réfère l'article 15.1 de la directive DSM.

¹⁹⁰ Article 3.1 de la directive 2001/29, qui ne figure pas dans l'article 15 de la directive DSM.

¹⁹¹ Article 15.1, alinéa 2.

¹⁹² Article 15.1, alinéa 3.

¹⁹³ Article 15.1, alinéa 4.

de ses droits à l'éditeur), ou l'auteur d'un dessin, d'une infographie ou d'une photographie inclus dans un article. La directive garantit que ces personnes conservent le droit d'exploiter «leur» contenu indépendamment de la publication de presse¹⁹⁴. Elle leur garantit également une part appropriée des revenus que l'éditeur percevra de la part des exploitants numériques¹⁹⁵.

§ 3. Nouvelles exceptions permettant diverses utilisations numériques d'œuvres

168. La directive DSM prévoit l'introduction de trois exceptions supplémentaires au droit d'auteur, qui sont destinées à permettre plusieurs utilisations spécifiques dans un contexte numérique. D'emblée, il faut souligner que ces nouvelles exceptions sont obligatoires.

Les utilisations autorisées en vertu de ces exceptions sont les suivantes : la fouille de textes et de données¹⁹⁶ (*Text and Data Mining*), une utilisation élargie des œuvres dans le cadre de l'enseignement numérique¹⁹⁷, et une utilisation adaptée des œuvres en vue de la conservation du patrimoine culturel¹⁹⁸. Seules ces deux dernières utilisations seront abordées dans la présente contribution. L'utilisation liée à la fouille de textes et de données est en effet analysée par une autre contribution au sein du présent ouvrage¹⁹⁹.

169. En ce qui concerne l'exception en faveur de la conservation du patrimoine culturel, il s'agit de servir l'intérêt public lié à la transmission de l'héritage culturel aux générations futures²⁰⁰. L'exception bénéficie aux institutions dépositaires d'un patrimoine culturel, telles que les musées, bibliothèques ou archives publiques. La finalité est de garantir la conservation, notamment en remédiant à l'obsolescence technologique ou en évitant la dégradation des supports originaux²⁰¹.

170. L'exception dont il est question ici porte sur le droit de reproduction, et elle se limite à celui-ci. En outre, elle se cantonne à permettre la reproduction dans un but de conservation. L'institution devra donc obtenir l'autorisation des ayants droit ou veiller à agir dans le cadre précis d'une autre exception que celle-ci si elle souhaite, par exemple, accomplir les actes suivants : procéder à une reproduction dans un autre but que celui de conserver les œuvres de sa collection²⁰², ou mettre ces œuvres en ligne à la disposition des tiers.

¹⁹⁴ Article 15.2.

¹⁹⁵ Article 15.5.

¹⁹⁶ Articles 3 et 4.

¹⁹⁷ Article 5.

¹⁹⁸ Article 6 du texte adopté par le Parlement européen.

¹⁹⁹ Voy. la contribution de M. KNOCKAERT et Th. TOMBAL, « Quels droits sur les données », in *Actualités en droit du numérique*, pp. 53-98.

²⁰⁰ En ce sens, voy. le considérant 25.

²⁰¹ Voy. le considérant 27 du texte adopté par le Parlement européen.

²⁰² *Ibid.*

À cet égard, il faut insister sur les autres exceptions mais aussi sur les limitations au droit d'auteur qui sont susceptibles de bénéficier aux institutions de conservation du patrimoine culturel. Ainsi, si l'institution souhaite diffuser par voie numérique une œuvre de sa collection qui est indisponible dans le commerce, elle pourra bénéficier d'un mécanisme *ad hoc* mis en place par la directive pour lui faciliter cette utilisation²⁰³.

171. La reproduction n'est permise que si elle porte sur les œuvres qui se trouvent à titre permanent dans la collection de l'institution. Cela étant, l'exigence de détention permanente peut couvrir un ensemble de situations fort différentes où l'institution peut être, notamment : propriétaire, gardienne, bénéficiaire d'un prêt permanent, ou dépositaire dans le cadre d'un dépôt légal²⁰⁴.

172. L'exception vise à permettre à l'institution de reproduire. L'institution n'est pas tenue de reproduire personnellement : elle peut faire reproduire par un tiers²⁰⁵. En outre, tous les supports et tous les formats de reproduction sont permis²⁰⁶, même si l'on devine que l'exception a surtout voulu viser les technologies numériques et la digitalisation en masse des collections. En pratique, il se conçoit en effet difficilement que les institutions concernées soient tenues d'obtenir l'autorisation de tous les ayants droit pour procéder à ce type d'opération pourtant nécessaire à la conservation du patrimoine.

173. Dans une autre perspective, la directive ajoute une exception destinée à conforter les activités d'enseignement numériques et transfrontières.

Il s'agissait de lever les doutes quant à la possibilité d'appliquer les exceptions déjà en place dans le domaine éducatif, à l'enseignement en ligne et à distance²⁰⁷.

174. L'exception vise l'utilisation numérique de l'œuvre dans un but d'enseignement.

L'utilisation numérique peut intervenir dans des situations différentes : soit dans les locaux de l'établissement ou d'autres lieux, soit dans le cadre d'un enseignement à distance, et le cas échéant dans une configuration transfrontière. Lorsque l'utilisation intervient dans le cadre d'un enseignement en ligne, elle doit s'effectuer au moyen d'un environnement électronique sécurisé accessible uniquement aux étudiants et enseignants de l'établissement concerné.

Dans tous les cas, il est requis que cette utilisation (i) se fasse sous la responsabilité de l'établissement d'enseignement et (ii) que la source et le nom de l'auteur de l'œuvre soient indiqués, à moins que cela ne s'avère impossible²⁰⁸.

²⁰³ Voy. les considérants 30 et 31 ainsi que l'article 8.

²⁰⁴ Voy. le considérant 29.

²⁰⁵ Considérant 28.

²⁰⁶ Voy. le considérant 27.

²⁰⁷ Considérant 19.

²⁰⁸ Article 5.

175. L'exception permet une utilisation numérique de l'œuvre à des fins d'illustration de l'enseignement.

Cette limitation est essentielle. Elle doit être prise en compte pour éviter les abus. La directive signale à cet égard que les États membres devraient rester libres de préciser, pour les différents types d'œuvres, la proportion d'une œuvre qui peut être utilisée à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement²⁰⁹. Il faut notamment éviter une situation où l'œuvre consisterait elle-même dans un matériel principalement destiné au marché pédagogique et où l'utilisation par l'établissement d'enseignement se substituerait à l'achat dudit matériel²¹⁰.

La directive permet par ailleurs aux États membres de recourir en priorité à une autre solution que l'exception, lorsque l'œuvre utilisée consiste précisément en un matériel principalement destiné au marché pédagogique. En pareille hypothèse, la préférence peut être donnée à des accords de licence, pour autant que ces licences couvrent au moins les utilisations visées par l'exception, qu'elles soient adéquates, adaptées et facilement disponibles sur le marché²¹¹.

176. La directive laisse la liberté aux États membres de décider s'ils prévoient (ou non) une compensation équitable en faveur des titulaires de droit, pour l'utilisation que les établissements d'enseignement feraient de l'exception.

177. La directive veille à assurer le caractère obligatoire des nouvelles exceptions, à la fois pour assurer la sécurité juridique et pour conforter la cohérence de l'harmonisation. Elle précise que toute disposition contractuelle contraire aux exceptions²¹² est non exécutoire²¹³.

Conclusion

178. Le droit d'auteur, à l'occasion de son immersion dans le marché numérique, a fait l'objet de nombreuses adaptations, dont certaines se révèlent fort significatives. Comme la présente contribution l'a expliqué, de nombreux aspects de ce droit initialement conçu pour un environnement analogique ont dû être repensés, que ce soit par le biais d'interventions jurisprudentielles ou législatives.

²⁰⁹ Considérant 21.

²¹⁰ Voy. le considérant 21.

²¹¹ Article 5.2, et considérant 23.

²¹² Sauf l'hypothèse de la fouille de textes et de données qui intervient en dehors du but de recherche scientifique, telle que visée à l'article 4.

²¹³ Article 7.

179. En particulier, l'étendue de l'emprise du droit exclusif de l'auteur, et les conditions de cette emprise, ont connu une évolution importante. Qu'il s'agisse des hyperliens, de l'épuisement en ligne, ou encore du prêt numérique, l'activisme de la Cour de justice a indubitablement contribué à remodeler les contours des prérogatives des titulaires. Certes, cette reconfiguration traduit une assimilation de la dimension numérique, et de ce fait, elle peut être vue comme une certaine extension du champ du droit d'auteur, mais en même temps, la mutation numérique est intervenue de manière nuancée et équilibrée, en tenant compte des intérêts des autres parties que les titulaires de droit.

180. À ce dernier égard, l'évolution des exceptions aux droits exclusifs de l'auteur est tout aussi notable. Diverses tendances sont observées, dont l'apparition de nouvelles exceptions liées aux besoins spécifiques du marché numérique, l'émergence de leur caractère obligatoire, la prise en compte des utilisations transfrontières, et l'articulation complexe entre le régime des exceptions et celui des accords de licence.

181. Sur le plan de la protection du droit d'auteur à l'égard des atteintes commises en ligne, la Cour de justice a également joué un rôle déterminant. Tout d'abord, en interprétant de manière extensive la notion de « prestataires intermédiaires » susceptibles de contribuer à la cessation des atteintes en ligne. Ensuite, en opérant des distinctions entre les différents fournisseurs de services en ligne, dans le but de tracer une ligne de démarcation équitable entre la zone de responsabilité et la zone de non-responsabilité.

182. En outre, la Cour a permis de faire progresser la réflexion sur le type de mesures à adopter au niveau des intermédiaires pour enrayer le phénomène des atteintes en ligne, ainsi que sur la manière de mettre ces mesures en œuvre.

183. À cet égard, l'arrêt *UPC Telekabel* fournit une grille de lecture particulièrement utile quant aux conditions que doit respecter une mesure prise à l'encontre de ces acteurs. Certains aspects pratiques nécessitent toutefois encore des éclaircissements. Par ailleurs, la décision *UPC Telekabel* se limitait aux mesures de blocage. S'agissant des mesures de filtrage, les choses ont largement évolué depuis les arrêts *Scarlet* et *Netlog*. Le recours à ces dernières mesures présente aujourd'hui un autre visage, surtout si l'on tient compte du fait qu'elles ont progressivement accentué leur présence dans l'arsenal législatif du droit de l'Union, y compris – même si c'est de manière indirecte – dans la directive DSM²¹⁴.

184. Sur le plan législatif, précisément, le dernier instrument en date (la directive DSM) démontre la volonté appuyée du législateur européen de

²¹⁴ L'article 17.4 mentionne l'obligation pour les opérateurs de plateformes de garantir l'indisponibilité d'œuvres dont la mise à disposition n'aurait pas été préalablement autorisée. Sans mentionner le terme de filtrage, cette disposition semble bien en suggérer l'utilisation.

poursuivre l'adaptation en profondeur du droit d'auteur à l'environnement numérique. Le contenu du texte adopté apporte des modifications substantielles à la matière. Ses dispositions visent à rencontrer un certain nombre des défis majeurs liés aux nouveaux modèles d'exploitation qui sont apparus sur internet. Les solutions proposées ambitionnent de construire un système caractérisé par un équilibre équitable entre les intérêts des titulaires de droits et les utilisateurs d'œuvres : d'une part, au profit des titulaires de droits, une participation à des revenus générés par les nouveaux modèles d'exploitation, et d'autre part, en faveur des utilisateurs d'œuvres, de nouvelles exceptions et des facilités d'exploitation. Sur de nombreux points, toutefois, cet équilibre intervient au prix de dispositions passablement complexes.

185. À la lumière de ce qui précède, il convient d'émettre un diagnostic nuancé sur la capacité d'adaptation du droit d'auteur à l'environnement numérique. Deux exigences, au moins, étaient à prendre en considération pour moderniser le système existant du droit d'auteur.

D'abord, il s'agissait d'ajouter des éléments au système en place, tant sur le plan des prérogatives que sur celui des exceptions. Des progrès indéniables ont été accomplis à cet égard. Mais le défi pour l'avenir est que ce processus d'ajouts pourrait se révéler récurrent.

Ensuite, il s'agissait d'assurer une pondération des intérêts divergents dans la manière de concevoir les nouvelles prérogatives et exceptions. Ici aussi, des avancées positives ont été réalisées. Mais le défi à ce niveau est que les solutions dégagées se révèlent extrêmement complexes et partiellement ambiguës.

Au-delà de ces fragilités, il est néanmoins permis de retenir un constat positif – et sans doute est-ce là le principal stimulant pour la suite – : le droit d'auteur semble démontrer qu'il est capable de s'assouplir.